

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

de l'Influence des Pontifes sur le Droit privé à Rome

DROIT FRANÇAIS

des Attributions du Ministère public en matière civile

THESE

pour le Doctorat

Soutenue devant la Faculté de Droit de Caen

LE SAMEDI 29 JUIN 1895

à 3 heures 1/2 de l'après-midi

PAR

ANDRÉ COQUERET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

CAEN

Imprimerie E. LANIER, 1 et 3, rue Guillaume-le-Conquérant

1895

A MA FAMILLE

A MES AMIS

JURY D'EXAMEN

MM. CAREL, *professeur*, Président
BIVILLE, *agrégé*
GRANDMOULIN, *id.*

DROIT ROMAIN

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS,** Précis de droit romain. 2 vol. 4^e édition, Paris 1886.
- BOUCHÉ-LECLERCQ,** Histoire de la divination dans l'antiquité. 4 vol. Paris 1879-82.
Les pontifes de l'ancienne Rome. Paris 1871.
Manuel des institutions romaines. Paris 1886.
- BRUNS,** Fontes juris. Fribourg 1893.
- CAUVET,** Le droit pontifical chez les anciens Romains. Caen 1869.
- CICÉRON,** De haruspicium responsa, de republica, de lege agraria, de legibus, de oratore, pro domo, pro Murena, Brutus.
- CORNIQUET,** Influence juridique des pontifes. Thèse pour le doctorat. Paris 1894.
- CUQ,** Institutions juridiques des Romains. T. I. Paris 1891.
- DENIS,** Histoire des idées morales de l'antiquité. Paris 1856.
- DEZOBRY,** Rome au siècle d'Auguste. 4 vol. Paris 1846-47.
- DIO CASSIUS,** Histoire romaine.

- DURUY,** Histoire des Romains. 7 vol. Paris 1879.
1885.
- ESMEIN,** Mélanges d'histoire du droit et de critique. Paris 1886.
- FESTUS,** De verborum significatione.
- FLACH,** Enseignement du droit chez les Romains.
Thèse pour le doctorat. Nancy 1873.
- FUSTEL de COULANGES,** La cité antique. Paris 1880.
- IHERING,** Esprit du droit romain. Traduction
Meulenaere. 4 vol. Paris 1877-78.
- KARLOWA,** Römische rechtsgeschichte. Leipzig 1885.
- LANGE,** Römische alterthümer. 3 vol. Berlin
1876-79.
- MACROBE,** Saturnales.
- MAY,** Eléments de droit romain. 2 vol. Paris
1889-90
- Th. MOMMSEN, MARQUARDT et KRUEGER,** Manuel des antiquités romaines. T. XVI. (Krueger),
Traduction Brissaud. Paris 1887.
- ORTOLAN,** Histoire de la législation romaine. 3 vol.
Paris 1883.
- PLUTARQUE,** Vie de Numa.
- PRELLER,** Les dieux de l'ancienne Rome. Traduction Dietz. Paris 1865.
- PUCHTA,** Cursus der institutionen. 2 vol. Leipzig
1881.
- SAVIGNY,** Traité de droit romain. Traduction Guénoux. Paris 1843-55.
- SPENCER,** Principes de sociologie. Trad. Cazelles.
4 vol. Paris 1879-87.
- SUMMER MAINE,** Etude sur l'ancien droit et la coutume primitive. Traduct. Courcelle Seneuil.
Paris 1874.
- TITE-LIVE,** Histoire romaine.
- VARRON,** De lingua latina.

DE

L'INFLUENCE DES PONTIFES

SUR

LE DROIT PRIVÉ

A ROME

INTRODUCTION

Dans tous les temps et chez tous les peuples, la religion a exercé une influence considérable sur la formation des mœurs et des institutions, et cette influence apparaît toujours d'une manière plus sensible lorsqu'on examine le développement d'une nation à sa période première.

Plus que toute autre partie de l'organisation sociale, le droit devait se ressentir de ce courant religieux qu'il est facile de constater chez tous les peuples primitifs. Pour tous les peuples de l'antiquité, tout au moins à leur

origine, la loi n'est qu'une partie de la religion ; on trouve dans les anciens codes les règles du droit de propriété, du droit de succession, par exemple, épars au milieu de rites relatifs à l'accomplissement des sacrifices, à la sépulture et au culte des morts. L'homme primitif croit qu'il doit se soumettre à la volonté d'êtres surnaturels, que chacune de ses actions sera appréciée par eux, et dès lors il cherche une méthode pour découvrir la volonté de ces êtres, soit ancêtres ou chefs morts, soit hommes éminents regardés avec une crainte spéciale et avec confiance et dont les esprits deviennent des divinités.

Cette croyance était du reste nécessaire à l'époque de la formation des sociétés pour le maintien de l'ordre car aucune d'elles n'avait une puissance suffisante pour sanctionner d'une manière efficace ses prescriptions. Il fallait que le pouvoir civil rattachât son autorité à un principe plus élevé que celui du droit ou du devoir et c'est ce qu'il a fait en la rattachant au principe de la volonté surnaturelle. Les lois anciennes ne sont donc pas l'œuvre d'un homme. Parmi les peuples primitifs, il n'y eut jamais un homme capable par son génie d'imposer aux autres un code fait par lui. Solon, Lycurgue, Minos et Numa ont pu rédiger des lois ; mais ils ne les ont pas faites de toutes pièces. L'idée de la loi faite par le suffrage du peuple n'était pas non plus encore apparue. Elle est l'œuvre d'une civilisation assez avancée. La religion seule est la base des lois anciennes et l'on ne saurait à ce sujet faire mieux que de citer textuellement les paroles de Fustel de Coulanges (1) : « L'homme n'a pas eu à étudier « sa conscience et à dire ceci est juste, ceci ne l'est pas.

(1) Fustel de Coulanges. — *La Cité antique*, p. 239.

« Ce n'est pas ainsi qu'est né le droit antique. Mais
« l'homme croyait que le foyer sacré, en vertu de la loi
« religieuse, passait du père au fils ; il en est résulté que
« la maison a été un bien héréditaire. L'homme qui avait
« enseveli son père dans son champ croyait que l'esprit
« du mort prenait à jamais possession de ce champ et
« réclamait de sa postérité un culte perpétuel ; il en est
« résulté que le champ est devenu la propriété iralié-
« nable d'une famille. La Religion disait : Le fils continue
« le culte, non la fille, et la loi a dit avec la religion : Le
« fils hérite, la fille n'hérite pas ; le neveu par les mâles
« hérite, non pas le neveu par les femmes. Voilà comment
« la loi s'est faite ; elle s'est présentée d'elle-même sans
« qu'on eût à la chercher. Elle était la conséquence
« directe et nécessaire de la croyance ; elle était la
« religion même s'appliquant aux relations des hommes
« entre-eux. » Veut-on une autre preuve de l'influence
de la religion sur les lois antiques ? Nous la trouverons
dans l'immutabilité de ces lois. Et en effet la loi est
immuable parce qu'elle est divine. Aussi à Athènes
comme à Rome voyons-nous qu'une loi nouvelle n'abro-
geait pas celle qui la précédait. Elles subsistaient à côté
l'une de l'autre. Chose remarquable mais bien logique,
la loi ancienne ne donne aucune explication sur sa raison
d'être ; pourquoi en donnerait-elle, puisque c'est la divi-
nité qui l'impose. Une dernière preuve du caractère
religieux primitif de la loi, c'est que la loi ne peut être
appliquée à un étranger ; il n'a pas la même religion.

Etant donné le caractère que nous venons de recon-
naître à la loi primitive, il n'y a rien d'étonnant à ce que
les hommes qui étaient censés communiquer journalle-
ment avec la divinité et recevoir ses ordres pour les

transmettre aux mortels, les prêtres, fussent entourés d'une vénération, d'un respect mêlés de crainte qui les mettaient au-dessus des autres hommes. Ils étaient ainsi tout naturellement désignés pour prendre part au gouvernement, notamment pour rendre la justice dont les arrêts semblaient ainsi avoir une origine surnaturelle.

De tels hommes devaient avoir une puissance d'autant plus grande que ce fut d'abord chez eux seuls que s'effectua le développement de l'intelligence par l'étude des différentes sciences. Il suffit pour se convaincre de ce que leur doit la science du droit de jeter un coup d'œil rapide sur les nations qui ont eu quelque éclat dans les temps même les plus reculés. En Chine, les prêtres de Boudha furent à la fois représentants du sacerdoce et législateurs. De même dans l'Inde, le code de Manou, comme d'autres codes Hindous, est d'après la tradition une émanation du Dieu suprême. En Egypte, le sacerdoce était le maître du pays dont il possédait les deux tiers et gouvernait la nation. Chez les Hébreux, tout le monde sait que les lois qui servaient de direction générale étaient données par la divinité. Les Juifs venaient sur le mont Ephraïm soumettre leurs contestations à la prophétesse Deborah, et, dans les temps qui précédèrent l'établissement de la royauté, nous voyons les anciens juges d'Israël fonctionner comme magistrats revêtus aussi d'une autorité religieuse. De même chez les Grecs, nous trouvons une tradition d'après laquelle un ancien roi de Crète rapporta un corps de lois d'une montagne où disait-on Jupiter était enseveli. On admit aussi que Lycurgue avait reçu de l'oracle de Delphes son rôle de législateur et ses lois elles-mêmes. Chez les Romains, une légende veut que Numa ait reçu ses lois de la nymphe Egérie.

Si nous consultons l'histoire d'un peuple qui nous touche de plus près, l'histoire du peuple Gaulois, nous constatons que les prêtres de la Gaule, les Druides, étaient dépositaires de la science et en particulier du droit. Eux seuls faisaient la loi ; eux seuls l'appliquaient. Ils étaient à la fois, prêtres, législateurs et magistrats. (1).

Les Romains ont moins peut-être que tout autre peuple échappé à l'influence religieuse que nous venons de constater un peu partout. A Rome en effet, l'esprit religieux était très développé. Aucun événement important ne s'accomplissait sans le secours de la divinité à laquelle on demandait son avis par l'intermédiaire des augures. Les Romains proclament eux-mêmes que leur nation est la plus religieuse de toutes et ils attribuent à cette qualité même toutes leurs vertus et tous leurs succès : « C'est par la religion, dira Cicéron, que nous avons vaincu le monde... » (2). Le magistrat romain a toujours certaines attributions religieuses. Ainsi le consul commence toujours par accomplir un sacrifice au forum (3). Un consul aux yeux des Romains est quelque chose de plus qu'un homme ; il est l'intermédiaire entre l'homme et la divinité. La mort d'un consul est funeste à la République (4). Les autres magistratures romaines qui ne furent que des démembrements successifs du consulat réunirent aussi le même caractère à la fois politique et sacerdotal. Certains jours on pouvait voir le censeur, ayant une couronne sur la tête, offrir un sacrifice au nom de la cité

(1) Spencer.— *Principes de sociologie*, III, Ch. XIV. p. 531.

(2) Cicéron. — *De harusp. resp.* 9.

(3) Tite-Live.— *Hist.* XXI, 63.— Macrobe.— *Saturnales*, III, 3.— Cicéron. *De lege agr.* II, 34.

(4) Tite-Live, XXVII, 40.

et frapper de sa main la victime. Les préteurs, les édiles curules présidaient des cérémonies religieuses. Il n'y avait pas un magistrat qui n'eût à un moment donné à faire un acte ayant un caractère sacré. Le caractère religieux apparaît aussi dans le mode d'élection des magistrats et notamment des consuls. Il fallait que l'élection eut lieu un jour *faste* et qu'un homme investi du caractère sacré eut observé la nuit précédente, les yeux fixés au ciel, les signes que les dieux envoyaient relativement aux noms des candidats, noms que pendant sa contemplation il répétait mentalement. Le lendemain on ne proposait aux suffrages du peuple que ceux des noms reconnus agréables aux dieux.

Chez un peuple aussi pénétré des sentiments que nous venons de constater que l'était le peuple romain, les intermédiaires entre l'homme et la divinité, les prêtres, devaient avoir forcément une grande puissance. Parmi ces prêtres étaient les pontifes. Ce sont eux seuls qui feront l'objet de cette étude, et nous n'étudierons l'influence qu'ils ont exercée sur la marche des affaires du peuple romain qu'au point de vue de leur influence sur le droit privé.

Après avoir examiné rapidement dans un premier chapitre l'origine des pontifes, l'organisation de leur collège, après avoir dit quelques mots en particulier du grand pontife, nous verrons dans un second chapitre leurs attributions au point de vue de leur influence sur le droit et le rapprochement qu'il convient de faire entre le *jus* (droit profane) et le *fas* (droit sacré).

Nous dirons dans un chapitre troisième leur rôle comme jurisconsultes et comme administrateurs de la justice.

Enfin, nous étudierons les causes de la décadence pontificale et nous verrons comment le droit à l'origine religieux s'est dans la suite laïcisé. Ce sera l'objet de notre quatrième et dernier chapitre.

CHAPITRE I

Les Pontifes, leur origine. — Le Collège des Pontifes, son organisation. — Le Pontifex Maximus.

Le sujet qui va nous occuper se perdant un peu dans la nuit des temps est fécond en controverses. Il n'est pas jusqu'au mot pontife lui-même, pontifex, qui n'ait été l'objet de longues discussions dont la lumière est loin d'avoir jailli.

Quelle est donc la signification de ce mot pontifex et quelles sont les différentes etymologies qui lui ont été données par la critique ? (1)

Suivant l'opinion dominante dans l'antiquité et d'après les lois de la grammaire, le mot *pontifex* que l'on trouve aussi écrit *pontufex*, vient de *pontem facere*. Les pontifes auraient donc été des faiseurs de ponts. C'est du reste l'opinion de Varron (2), opinion qui a été admise par la plupart des érudits modernes. Voici comment s'exprime Varron : « *Ego a ponte arbitror : Nam ab his Sublucius*

(1) Sur l'origine du mot pontife et la constitution du collège V. Bouché Leclercq : *Les Pontifes de l'ancienne Rome*, livre I.

(2) Varron. — *De lingua latina* V. 83.

est factus primum ut restitutus sæpe quom in eo sacra et uls et cis Tiberim non mediocri ritu fiant ». Les pontifes auraient donc été chargés de la construction du pont Sublicius, pont tout en bois ce qui semblerait bien dire que la religion n'était pas étrangère à sa construction ; le fer était sévèrement pros crit des cérémonies religieuses (1).

Mais, en quelle qualité les pontifes auraient-ils donc été les architectes du pont Sublicius ? Si l'on en croit de nombreux auteurs, notamment Tite-Live et Plutarque, la construction d'un pont sur le Tibre fut rendue nécessaire sous le règne d'Ancus Martius pour défendre le Janicule contre les Etrusques. Mais une telle nécessité n'était pas sans effrayer les Romains. Il ne s'agissait rien moins en effet que de mettre la terre sacrée en communication avec le monde profane et d'imposer un joug au dieu du Tibre qui pouvait se venger en inondant la Ville. Devant une situation aussi délicate, les pontifes qui connaissaient l'art de parlementer avec les dieux étaient tout désignés pour sortir d'embarras le peuple romain. Ils prirent sur eux la responsabilité des événements qui pourraient se produire et procédèrent à une réglementation minutieuse de tout ce qui concernait la construction du pont. Puis, afin d'apaiser les divinités, ils firent sur le pont un autel sur lequel étaient accomplies d'imposantes cérémonies expiatoires.

Tout semble donc prouver que l'idée de pont est intimement liée à l'origine du mot *pontifex*.

(1) Ainsi les Arvales étaient tenus de faire un *piaculum* chaque fois qu'ils se servaient d'un outil de fer dans leur bois sacré : Certains prêtres ne se servaient que de couteaux de cuivre — *Serv. ad Æn.* 1. 448 — Macrobe, *op. cit.*, I-19-13 Varron. — *De ling. lat.*, V. 83.

On a essayé de donner au mot *pontifex* d'autres origines. Le Pontifex Maximus Quintus Mucius Scœvola faisait dériver pontifex de *posse* et de *facere* ; pontifices (*potifices*) aurait voulu dire : ceux « *qui potestatem habent faciendi et sacrificandi* ». Mais d'autres prêtres ont eu le pouvoir de sacrifier et ont eu ce pouvoir avant les pontifes. Zosimus (1) a été jusqu'à donner au mot pontifex une origine grecque.

Plutarque (2) nous donne une explication absolument fantaisiste : « Le nom de pontife, dit Plutarque, vient selon les uns de ce que les prêtres servent les dieux tout puissants, maîtres de toutes choses : Puissant se dit en latin potens. D'autres veulent que ce nom soit pris de l'expression conditionnelle, s'il est possible de faire (*si fieri potest*), en ce que le législateur ne prescrivait aux prêtres que les sacrifices qu'il leur était possible de faire et ne les rendait pas responsables dès qu'il y avait empêchement légitime. Toutefois, la plupart des auteurs préfèrent une étymologie que je trouve ridicule. Le nom de pontifes signifierait à les entendre, faiseurs de ponts. »

Ainsi, d'après Plutarque, il faudrait dire, pontifex : Celui qui offre des sacrifices sur le pont (*in pontem facere*). Si cette interprétation est sans aucune valeur au point de vue grammatical, on doit constater qu'elle n'est en rien contraire à l'histoire.

De nos jours, on a eu recours à de nouveaux moyens pour arracher son secret au mot pontifex. Gœtling (3),

(1) Zosimus.— *Histoire IV*, 36.

(2) Plutarque.— *Vie de Numa*, 9. Trad. Pierrou.

(3) Gœtling.— *Gesch. des Rom. Staatsverf.*, p. 173.

y a vu : *Pompa* et *facere*. Les pontifes auraient donc été des *pompifices*. Pfund (1) fait dériver pontifices du mot osque *pomti*, cinq, mot du reste dont l'orthographe n'est même pas certaine. Il n'est pas jusqu'au sanscrit que l'on n'ait mis à contribution. Marquardt (2) voit dans pontifex le radical sanscrit *pû* ; d'où *punnâmi*, je purifie ou j'expie (participe présent actif *punant*). C'est là également l'opinion de Fœrsmann et de Dœderlein.

Que faut-il penser de ces controverses confuses et absolument contradictoires ? Nous croyons qu'il y a lieu de n'y pas attacher trop d'importance et de s'en tenir à l'étymologie bien romaine donnée par Varron. C'est celle qui saute au yeux à la première inspection du mot pontifex. — De plus, il ne faut pas oublier que c'était auprès du pont Sublicius qu'était placé le monument où chaque partie venait déposer le montant du *sacramentum* lors de la *litis contestatio primitive* et il serait bien bizarre que ce soit simplement l'effet du hasard qui a fait que l'emplacement de cet édifice coïncidait avec la présence non loin de là du pont Sublicius. Enfin, il convient d'ajouter que l'opinion à laquelle nous venons de nous ranger a été admise de nos jours par M. Bouché-Leclercq dont il faut toujours consulter l'opinion en ce qui touche l'histoire des institutions romaines.

Nous venons de voir quelle est l'origine du mot pontifex.

Comment maintenant étaient organisés les pontifes ; quel était leur nombre ; y avait-il un collège de pontifes et comment fonctionnait-il ? Toutes questions controver-

(1) Pfund.— *Altitalische Rechtsalterthümer*, p. 209.

(2) Marquardt.— *Le Culte chez les Romains*. T. I, p. 284.

sées comme celles qui naissent à propos d'une époque aussi reculée que celle qui nous occupe.

A Rome, le sacerdoce se divisait en deux grandes classes : Les collèges d'une part, les prêtres isolés de l'autre.

Dans la première catégorie elle-même il y avait la division en grands et petits collèges. Parmi les petits collèges, on peut mentionner les *féciaux* et les *fratres arvales*, sortes de confréries ou *sodalitates*. Les grands collèges étaient au nombre de quatre : Les Pontifes, — les Augures, — les *Quindecem viri sacris faciundis*, — les *Septemviri Ebulones*.

Les pontifes étaient donc loin d'être les seuls représentants du sacerdoce à Rome. Ils n'étaient pas, comme on pourrait être tenté de le croire, des prêtres au sens ordinaire du mot, des hommes chargés de faire des sacrifices, de communiquer avec la divinité. Chaque divinité avait ses prêtres spéciaux, ses flamines, sacrificateurs de profession, dont le souffle allumait la flamme sur les autels. La mission des pontifes était toute autre. Ils devaient fixer la tradition religieuse, les coutumes qui tenaient lieu de législation, enfin toutes les habitudes de la société, et les préserver de l'oubli. Simples surveillants, mais surveillants tout puissants du culte et des choses qui s'y rattachent, ils définissent eux-même leur science : La science des choses divines et humaines (1). Les pontifes furent les conseillers du roi et leur institution n'a rien qui rappelle le sacerdoce proprement dit.

(1) Le jurisc. romain dira plus tard : *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia*. — Inst. I. 1 et loi 40 — § 2, *dig. De justitia et jure*.

Etant donné cette nature de fonctions, on peut dire que le collège des pontifes n'a pas été institué dès les premiers temps de la naissance de Rome. Si le besoin de recommander leurs entreprises à la bienveillance des dieux dut porter de bonne heure les Romains à créer les Augures et les Féciaux, il ne dut pas en être de même pour le collège des pontifes dont l'institution suppose un esprit d'ordre qui n'appartient pas aux sociétés naissantes. Hüllmann (1) a comparé justement la création du pontificat à celle du sénat.

On n'a pas de documents permettant d'établir d'une façon indiscutable l'époque de la création du collège des pontifes. Aussi doit-on s'en rapporter à ce sujet au passage suivant de Tite-Live : (2) « *Numa, Pontificem* » « *Numam Marcium M. F. ex patribus legit, eique* » « *sacra omnia exscripta exsignataque attribuit, quibus* » « *hostiis, quibus diebus, ad quæ templa sacra fierent,* » « *atque unde in eos sumptus pecunia erogaretur.* » « *Cœtera quoque omnia publica privataque sacra* » « *Pontificiis scitis subjecit, ut esset, quo consultum* » « *plebs veniret : ne quid divini juris, negligendo* » « *patrios ritus, peregrinos que adsciscendo, turbaretur ;* » « *nec cœlestes modo cœrimonias, sed justa quoque* » « *funebria placandosque manes ut idem Pontifex* » « *edoceret ; quæque prodigia, fulminibus aliove quo* » « *visu missa, suspicerentur atque curarentur.* »

Tite-Live (3) nous dit encore plus loin : « *Pontifices..... a Numa Pompilio creati sunt.* »

(1) Hüllmann. — *Jus pontificum*, p. 27.

(2) Tite-Live, I-20.

(3) Tite-Live, IV-2.

Si l'on s'en tenait à la traduction littérale du premier texte, il faudrait admettre qu'à l'origine les fonctions pontificales ne furent exercées que par un seul individu et non par un collège. Mais cette assertion doit être rejetée en présence du témoignage d'un grand nombre d'auteurs tels que Cicéron, Plutarque, Denys d'Halicarnasse et Florus, qui tous attribuent à Numa la création d'un collège de pontifes. Du reste, on en trouve dans Tite-Live lui-même (1) une nouvelle preuve dans un passage où il parle en même temps de Numa Marcius Pontifex Maximus et des pontifes.

Il paraît donc certain que la forme collégiale existait. Mais si l'on est d'accord sur ce point, il n'en est pas de même quand il s'agit de savoir quel était le nombre des pontifes composant le collège.

Cicéron (2) nous dit que Numa avait institué cinq pontifes : « *Sacris e principium numero pontifices quinque præfecit.* » Mais d'autre part, Tite-Live nous apprend que avant la loi Ogulnia (300 av. J.-C.) le nombre des pontifes était de quatre. Tite-Live aurait-il donc fait erreur ? On peut concilier les deux opinions en supposant avec Niebuhr, Huschke, Goettling et Hüllmann que le Pontifex Maximus n'était pas compris dans le nombre cinq. Il nous paraît préférable de dire avec d'autres auteurs que sous les rois la présidence du collège appartenant au roi lui-même, celui-ci pouvait être compté comme un des membres du collège. Ce serait lui que Tite-Live aurait sous-entendu.

(1) Tite-Live, III-54.

(2) Cicéron. — *De repub.*, II-14.

Le chiffre de quatre pontifes admis par la généralité des auteurs a donné lieu à de nombreuses recherches. On s'est demandé à quoi il pouvait bien correspondre. On ne le retrouve en effet comme principe d'aucune institution romaine. Hüllmann a pensé qu'à l'origine le nombre des pontifes devait être seulement de trois, chiffre correspondant à celui des tribus ethnologiques primitives. Il s'appuie sur un passage de Cicéron (1) où il dit que la décision de trois pontifes était regardée comme celle du collège lui-même. Il ne faut pas attacher grande importance à cet argument qui n'est qu'une hypothèse sans preuves. Il est probable que le nombre trois exigé pour la validité d'une décision des pontifes venait simplement de la nécessité de ce chiffre pour la formation de la majorité. Huschke fait correspondre le nombre de quatre pontifes à la division de Rome en quartiers, le Pontifex Maximus étant dans ce système une sorte de surveillant des autres pontifes. Mais cette assertion ne peut être admise, car l'institution du collège des pontifes est certainement antérieure à la division de Rome en quartiers. L'explication fournie par Niebuhr est assez rationnelle. Selon lui, on a dû tenir compte de la présence de deux tribus qui existaient au temps de Numa : Les Ramnenses et les Titienses. De même que ces tribus étaient représentées au collège des Augures, elles l'auraient été aussi dans celui des pontifes, chaque tribu étant représentée par deux membres. Dans son système, Niebuhr omet les Luceres qui n'auraient pas eu à cette époque assez d'importance pour que l'on en tint compte.

(1) Cicéron. — *De harusp. resp.* 6.

Quoiqu'il en soit, le nombre des pontifes fut élevé à huit, d'après Tite-Live, par la loi Ogulnia. Dans la période qui s'étend entre la deuxième guerre punique et la bataille de Pydna, il y avait neuf places. Sous Scylla, le collège eut quinze membres et ce dernier chiffre paraît avoir été définitif. Il ne faut pas compter au nombre des pontifes les jeunes princes de la maison impériale qui reçurent le titre de pontifes, mais d'une manière purement honorifique. Toutefois il convient de dire que César par la loi Julia (46 av. J.-C.) créa une seizième place.

Il nous est parvenu deux listes de pontifes. L'une de 57 av. J.-C. nous est donnée par Cicéron (1) ; l'autre un peu antérieure par Macrobe (2).

A partir de Scylla, il y eut dans le collège des pontifes *maiores* et des pontifes *minores*, qualifiés ainsi suivant leur degré d'ancienneté (3). Les pontifes *minores*, sortes d'aides, remplissaient exactement les mêmes fonctions que les pontifes *maiores*.

D'après le témoignage de Suétone, le pontificat était une fonction à vie. Celui qui était pontife restait investi de cette dignité jusqu'à sa mort, à moins qu'il n'y renoncât. La condition nécessaire pour être pontife, tout au moins à l'origine, était la possession de la qualité de patricien. Pourquoi cette exclusion des plébéiens des fonctions pontificales ? C'est que les patriciens tenaient avant tout à leur puissance et que la possession de la

(1) Cicéron. — *De Harusp. resp.* 6-12.

(2) Macrobe. — *Saturnales* III, 13-14.

(3) Festus. — *De Verborum significatione*, p. 161 a — *minorum pontificum maximus dicitur, qui primus in id collegium venit, item minimus, qui novissimus.*

tradition soit civile, soit religieuse était un des éléments principaux de cette puissance. Or les pontifes étaient aussi bien les détenteurs des rites sacrés que des éléments du droit civil existant à cette époque et il importait au plus haut point aux patriciens que ces gardiens fussent pris parmi eux, afin que sous l'influence de l'intérêt individuel le secret fut mieux gardé.

Comment maintenant se recrutait le collège des pontifes ?

Ce qui est certain, c'est que jamais il ne se recruta par l'hérédité. Institué par l'Etat, il était naturel qu'il se maintint en dehors des liens de la gentilité qui forment au contraire la loi des sacerdoces antiques. C'est là une preuve nouvelle à l'appui de ce que nous avons avancé quelques pages plus haut en disant qu'il ne fallait en aucune façon assimiler la dignité pontificale à un sacerdoce véritable. Deux membres d'une même gens ne pouvaient en même temps faire partie du collège (1).

Il semblerait que d'après son but qui était de représenter la société romaine toute entière, surtout au point de vue religieux, le collège des pontifes dut recourir à l'élection pour se recruter et dut être accessible à tous. Il n'en fut rien, du moins primitivement. A l'origine, le roi, qui présidait aux destinées du peuple et tenait de lui son pouvoir avait pleine autorité sur les pontifes. C'était lui qui leur conférait leur dignité ; ils étaient absolument sous sa dépendance ; il présidait leur collège qui formait son *consilium*. Plus tard, quand les liens

(1) Dio Cass. — *Hist. rom.* XXXIX, 17. μενεα δυο αμα εκ της αυτης συγγενειας την αυτην ιερατειαν εχειν.

existant entre l'Etat et la religion se relâchèrent, un nouveau mode d'élection, la cooptation, remplaça la nomination par le roi ; les pontifes survivants désignaient par leurs suffrages le successeur de celui d'entre eux qui venait à disparaître.

Nous avons vu que les plébéiens étaient exclus du collège des pontifes. Leur admission à la dignité pontificale se fit longtemps attendre. Ils possédaient depuis un nombre d'années assez considérable l'égalité civile lorsqu'ils voulurent avoir aussi l'égalité religieuse.

En l'an 452 de Rome et alors que l'accession aux grandes charges de l'Etat leur était déjà permise, le tribun Ogulnius fit voter une loi qui leur communiquait l'aptitude à la dignité pontificale. La moitié du collège dut à partir de la loi Ogulnia être composée de plébéiens. Il est vrai d'ajouter que pour donner aux patriciens une compensation aux avantages qu'on leur enlevait, le nombre des pontifes fut porté de trois à huit.

La cooptation était toujours en vigueur. La loi Ogulnia ne l'avait pas abolie. Mais Marius, pendant son consulat, sans supprimer ce mode d'élection, en rendit les effets illusoires. Il fit voter une loi *Domitia* en 650 de Rome, qui décidait que les membres du collège pontifical devaient nécessairement voter pour les candidats agréés dans des comices spéciaux par le peuple romain. Cette loi, qui adoptait la même mesure pour les trois autres grands collèges de Rome, retirait aussi au collège des pontifes l'élection du Pontifex Maximus et l'attribuait au peuple.

Le mode d'élection aux diverses fonctions que nous venons de dire différait très sensiblement du mode ordinaire employé pour conférer les magistratures. Craignant d'offenser les dieux et de déroger trop ouvertement

aux anciennes coutumes, on s'en tint à un moyen hypocrite. On tirait au sort dix-sept tribus parmi les trente-cinq qui composaient le peuple romain tout entier (1). Celles-là seulement étaient appelées à voter. Le résultat du vote avait alors en quelque sorte un caractère officieux puisqu'il émanait non pas de tout le peuple romain, mais de sa minorité. C'est là un exemple du formalisme qui n'a cessé d'être le triomphe de l'esprit romain.

Le petit nombre des citoyens appelés à voter n'empêchait pas les troubles afférents à toute élection romaine de se produire et nous pouvons voir dans Suétone et dans Plutarque quelles scènes dramatiques se produisirent au moment de l'élection de Jules César à la dignité de Pontifex Maximus.

Tout ce que nous savons du mécanisme de l'élection nous a été rapporté par Cicéron dans son deuxième discours contre Rullus qui avait adopté pour l'élection des decemvirs chargés d'assurer l'exécution de sa loi le même mode de procéder.

La loi *Domitia* fut abolie par Scylla en 82. Il lui substitua une loi *Cornelia*. Cette dernière fut elle-même renversée par la loi *Atia* (63 av. J.-C.), laquelle enleva même la présidence des comices sacerdotaux aux pontifes pour la donner aux magistrats.

Nous avons étudié ainsi les origines du collège des pontifes ; nous avons vu quelle était sa composition. Avant d'arriver à l'étude de ses principales attributions, examinons quelles étaient les fonctions spéciales du

(1) *Non certa conditione juris, sed sortis beneficio fortuito.* Cicéron.—
De leg. agr., II. 17.

président du collège des pontifes, le Pontifex Maximus, et quelles personnes furent successivement investies de cette dignité (1).

Sous la royauté, le collège des pontifes était présidé par le roi qui réunissait en lui le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel. Mais, si en fait les rois remplirent les fonctions de grands pontifes, il ne faudrait pas en conclure qu'ils portèrent ce titre. Les rois n'en avaient pas besoin ; ils présidaient en vertu de leur souveraineté. Certains auteurs, notamment Wulf, pensent que même sous la royauté il y eut un P. M., pontife délégué par le roi pour le suppléer dans les fonctions de président du collège. Ce qui est certain, c'est qu'à la chute des rois leur pouvoir fut divisé et que leur autorité en matière religieuse passa en grande partie au P. M., pontife suprême choisi au sein du collège des pontifes. Durant toute la république, la division du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel subsistera et elle continuera sous l'Empire jusqu'au moment où César se fera élire P. M. et où Auguste réalisera la formule parfaite du despotisme en rattachant pour toujours le titre de P. M. à celui d'empereur.

Le P. M. fut d'abord élu par le collège des pontifes lui-même. On employait donc la forme de la cooptation que nous avons précédemment constatée pour l'élection même des membres du collège. Plus tard, à partir de la loi *Domitia*, la cooptation fut remplacée par le vote de comices dont nous avons déjà vu la composition. Le P. M. fut dès lors l'élu direct du peuple. Scylla abolit ce

(1) V. Sur cette matière : Bouché-Leclercq, — *Les Pontifes de l'ancienne Rome*.

nouveau mode de nomination et le collège put nommer désormais son chef comme il le faisait avant la loi *Domitia*. Enfin, un plébiscite de *Labienus* rendit au peuple l'élection que *Scylla* lui avait enlevée.

Les fonctions du P. M. étaient de deux sortes : 1° Des fonctions religieuses comme directeur du culte ; 2° Des fonctions civiles, en tant que la religion touchait au droit.

1° Fonctions religieuses. — A Rome, toutes les divinités avaient leurs cultes spéciaux. Certains de ces cultes étaient desservis par des sortes de confréries ou *sodalitates*. Ceux-là ne relevaient pas de l'autorité du grand pontife. Mais il en était d'autres dont l'entretien était assuré par de véritables prêtres ou flamines, placés sous la dépendance directe du chef de la religion et qui recevaient de lui leur investiture. D'après Festus, le nombre des sacerdoces individuels était de quinze.

La nomination des flamines appartenait au P. M. qui pouvait prendre qui bon lui semblait et forcer ceux qu'il choisissait à accepter. Cependant, d'après Tite-Live, à une certaine époque, on trouva que le pouvoir du P. M. de choisir sans contrôle était trop grand, et il dut désormais prendre celui qu'il voulait nommer parmi trois candidats qui lui étaient désignés par l'assemblée des curies patriciennes. Si le P. M. ne put pas toujours forcer à entrer dans le sacerdoce, il put de tout temps exiger des flamines la déposition de leur dignité.

Le P. M. avait une surveillance spéciale sur le plus important de tous les flamines, le flamine de Jupiter, *flamen Dialis*, dont la vie était encombrée de pratiques minutieuses. Ainsi il ne pouvait pas sortir de la ville

sans la permission du grand pontife. De même, le *rex sacrorum*, prêtre de Janus, qui remplissait, au moins en théorie, les fonctions sacerdotales jadis exercées par le roi, n'était que le subordonné et l'esclave de P. M. bien que dans les banquets il eut la première place et le P. M. la cinquième seulement.

Les flamines et le *rex sacrorum* groupés autour du collège des pontifes en formaient en quelque sorte l'annexe. Ils étaient pour ainsi dire des fils de famille dont le père aurait été le P. M., le collège des pontifes formant le conseil de famille.

À plus forte raison, le P. M. avait-il un grand pouvoir sur les Vestales dont il n'était pas seulement le directeur spirituel. En effet c'était à lui qu'appartenait le soin de choisir les jeunes filles dignes de servir la déesse Vesta. Tout arbitraire lui fut laissé à ce sujet jusqu'au jour où le pouvoir civil trouvant trop dangereuse une pareille liberté, une loi *Pappia*, que l'on croit être de 65, vint annihiler presque entièrement le pouvoir du P. M. en ce qui concernait le choix des Vestales, en chargeant le sort de les désigner. C'était encore le P. M. qui devait surveiller les vestales et en cas de manquement à leurs vœux de chasteté les punir des supplices horribles que tout le monde connaît. Il devait toutefois pour prononcer la condamnation être assisté du collège des pontifes, des trois grands flamines et du *rex sacrorum*.

L'autorité du P. M. était moins grande sur les prêtres constitués en collèges et qui devaient leur titre non à lui, mais à l'élection par cooptation. Néanmoins, un certain nombre d'entre eux n'échappait pas à sa juridiction en ce qui concernait l'exercice des détails du culte. Ainsi, si le collège des *decemviri sacris faciundis* ne relevait

pas du P. M. à cause de sa nature même, il en était différemment du collège des Epulons qui était pour ainsi dire détaché du collège des pontifes et qui resta toujours dans une étroite dépendance vis-à-vis de lui.

Enfin, le collège pontifical lui-même devait avant tout autre avoir droit à la sollicitude de son président. Si sous la République l'autorité de celui-ci ne se fit guère sentir, il n'en fut pas de même quand le titre de P. M. fut synonyme de celui d'empereur.

L'autorité du P. M. alla toujours en décroissant. Elle finit par disparaître complètement quand le christianisme supplanta définitivement le vieux culte romain.

2° *Autorité civile du P. M.* — Là religion se mêlait chez les Romains à la vie publique, et, dans ces conditions, le chef de la religion devait avoir une certaine part d'autorité civile. Aussi voyons-nous reconnaître au P. M. le droit de convoquer des comices pour sanctionner certains actes de la vie civile profondément empreints d'un caractère religieux. Ces comices portaient le nom de *comitia calata*. Ils se tenaient en dehors de la ville, celui qui les présidait n'ayant pas l'*imperium*. On s'occupait spécialement dans ces comices de valider les testaments, l'*adrogatio* ; on s'occupait aussi de la *detestatio sacrorum* ou abjuration des cultes privés, en un mot de tous les actes qui intéressaient la transmission des *sacra privata* de la gens et de la famille. Nous reviendrons plus en détail sur ce sujet lorsque nous aborderons l'étude des attributions juridiques des pontifes.

Le P. M. a, en dehors de ces comices empreints d'un caractère particulier, présidé des comices convoqués dans un but exclusivement politique. Ainsi, on voit que

quand en 449, lors de l'abdication des decemvirs, la République resta sans magistrats, ce fut le P. M. Q. Furius qui convoqua les *comitia tributa*. Si comme nous venons de le constater, le P. M. pouvait réunir des *comitia calata* et des *comitia tributa*, il n'avait aucune compétence pour convoquer des comices centuriates. Il lui manquait en effet l'*imperium*, qualité nécessaire pour les assembler.

Le maintien des cultes privés était regardé comme nécessaire au salut de la société romaine. Aussi là encore l'autorité du P. M. s'exerçait. Mais son influence ne se faisait sentir qu'indirectement, par l'intermédiaire des règlements et décrets élaborés dans le sein du collège pontifical, et qui formaient une matière très importante sur laquelle nous reviendrons dans la suite.

Enfin nous verrons que dans un certain nombre d'actes, notamment dans la *confarreatio* ou mariage religieux, et à plus forte raison dans la *diffarreatio*, la présence du P. M. était indispensable.

CHAPITRE II

Jus et Fas.— Attributions juridiques des Pontifes

Nous connaissons suffisamment l'origine des pontifes, l'organisation de leur collège, mais avant de nous demander quelles étaient leurs principales attributions juridiques, il importe de définir deux termes qui sont inséparables dans la matière qui va nous occuper, le *jus* et le *fas*.

La divinité est considérée comme ayant des droits vis-à-vis des hommes et ceux-ci comme étant tenus en retour de devoirs vis-à-vis d'elle. De tels rapports avaient besoin d'être réglés et c'est leur ensemble ainsi que leur réglementation qui porte le nom de *fas* ou *droit sacré*. Mais, les hommes n'ont pas de rapports qu'avec les dieux, ils sont journellement en contact les uns avec les autres et il se produira dans diverses circonstances de leur vie des actes dont les règles seront fixées par un *droit profane* appelé *jus*. On peut encore définir le *fas* et le *jus* en disant que le *fas* est le *droit suggéré par les dieux* et le *jus* celui qui a été *établi par les hommes* (1).

Les Romains font dériver le mot *fas* de *faire parler*, le mot *fari* prenant ici le sens spécial de parler par inspiration religieuse. *Fas* serait la forme antique du participe passé *fatum* (2). Quant au mot *jus* il semble venir du sanscrit *ju*, qui exprime l'idée de lier, d'unir, idée que l'on retrouve dans les mots *jugum* et *jungere* qui ont la même origine.

Après un examen même superficiel du droit romain, on constate facilement que le *jus* et le *fas* sont intimement liés dans ses diverses branches. A l'inspection d'un des plus anciens monuments du droit romain qui nous soit parvenu, le *jus Papirianum*, on peut constater ce

(1) *Serv. in Georg. I, 269. Ad religionem fas, ad homines jura pertinent.*

(2) V. Cependant Bréal et Bailly. *Dict. étym.* 101, qui pensent que *fas* vient de $\Theta\epsilon\mu\iota\varsigma$, le Θ s'étant changé en *f*. Ce qui est certain c'est que *Fas* et $\Theta\epsilon\mu\iota\varsigma$ expriment la même idée. *Festus: Themini deam putabant esse quæ præciperet hominibus id petere quod fas esset, eamque id esse existimabant quod et fas esset.*

mélange. Ce *jus Papirianum* est un recueil datant d'un demi siècle avant la législation décemvirale et il serait le résultat d'une compilation faite par un certain Papirius. Le caractère hybride de ce recueil est attesté par l'hésitation des auteurs latins à déterminer la nature de ses éléments. Pomponius l'appelle : *Jus civile*. Macrobie et Servius y voient surtout une législation religieuse (1).

Le droit romain est imprégné tout entier du caractère religieux. A Rome, la religion ne protège pas que les dieux. Elle protège les murs de la ville, les limites des fonds privés, les pierres elles-mêmes, les arbres, les fossés, les fruits des champs. Celui qui dégrade les murs ou déplace les bornes, qui s'empare des fruits se rend passible d'une punition des plus sévères parce qu'il offense les dieux (2).

Mais, ce qui importait encore bien plus aux dieux que le sol, c'est le monde moral qu'il supporte. Aussi les dieux afin de dominer les hommes ont-ils introduit leur influence dans presque toutes les matières du droit romain. L'homme est forcé d'être religieux au moyen d'une contrainte juridique. Le peuple est intéressé au respect des dieux, car il est responsable de la faute commise par l'individu et les dieux se vengent sur lui; aussi fait-il de fréquentes offrandes à la divinité et l'on voyait les amendes des parties qui succombaient dans les procès civils être dévolues à la divinité courroucée.

La religion pénètre dans le droit public des romains, dans leur droit criminel. Elle pénètre aussi, et c'est le point qui nous intéresse spécialement, dans leur droit privé.

(1) *Pomponius. De orig. juris*, 2. *Servius. Æn.* XII. 836. *Macrob.— op. cit.* III. 11, 5.

(2) *Ihering. — Esprit du droit romain*, T. I, page 269.

Avant d'arriver à l'examen des matières du droit privé où l'on retrouve l'immixtion du fas, constatons rapidement sa présence dans le droit public et dans le droit criminel.

L'Etat est placé sous la protection de la religion au moyen d'une consécration. L'unité de religion correspond à l'unité politique romaine. Le non citoyen ne pouvait honorer les dieux de Rome. Leur culte était obligatoire pour le citoyen. Celui-ci aurait violé ses devoirs de citoyen en priant des dieux étrangers. Aussi l'Etat est intéressé à conserver la faveur des dieux. Il cherche à se la concilier en prenant le consentement des dieux avant toute entreprise. Le fas détermine le jour où peuvent avoir lieu des délibérations qui commencent toujours par des prières et des sacrifices. On se réunit dans des lieux sacrés pour traiter d'affaires profanes. Les rapports du droit public et de la religion se maintiennent même sous la République. Ainsi il était contraire au fas que le dictateur restât plus de six mois en fonction. Les *leges sacratae* et les *tribuns* étaient placés sous la protection de la religion.

Les deux idées fondamentales du droit criminel, le délit et la peine, apparaissent dans le droit romain avec l'aspect religieux. Le délit est une offense à la divinité, la peine un moyen expiatoire. Certains délits n'intéressaient que les hommes, mais d'autres intéressaient à la fois les hommes et les dieux ; d'autres enfin les dieux seuls. Ainsi les dieux seuls étaient intéressés à ce que le parjure fut puni. Il était *exsecratus*, c'est-à-dire que nul ne pouvait, sans se mettre lui-même sous le coup de la colère des dieux, rester en communion religieuse avec le coupable. On retrouve les idées religieuses

du droit criminel romain jusque dans ses expressions (1).

Nous arrivons au droit privé. L'influence du fas sur le droit privé se traduit par l'ingérence des pontifes dans les principales matières du droit civil. Cicéron (2) nous dit que le grand pontife Scœvola répétait souvent qu'on ne pouvait être bon pontife sans connaître le droit civil. Cela prouve assez quelle part celui-ci avait dans les occupations d'un pontife.

Nous diviserons notre étude du droit privé en cinq sections.

Dans une première section, nous nous occuperons du mariage et spécialement de la *confarreatio* ou mariage religieux. Nous placerons ici le mode de rupture de ce mariage, la *diffarreatio*.

Nous verrons dans une seconde section l'influence de la religion sur la constatation des filiations ; l'adrogation et l'adoption, la *transitio ad plebem* et la restitution du patriciat, la *destestatio sacrorum* trouveront naturellement leur place dans cette section.

Ensuite nous aborderons le droit de propriété ainsi que le droit des sépultures et nous dirons quelques mots de la *legis actio sacramenti*.

Dans une quatrième section, nous verrons rapidement quelques matières moins importantes : La *stipulatio*, le vœu et le serment.

Enfin dans une dernière section, nous étudierons les hérédités testamentaires et *ab intestat* et nous dirons

(1) *Pœna* (ποινή) contient l'idée d'expiation ; *supplicium* (*subplacare*) exprime l'idée d'apaisement des dieux.

(2) Cicéron. — *De legib.*, II. 19

quelques mots du legs partiaire et de l'*usucapio pro herede*.

SECTION I

Le mariage (1). — Le mariage à Rome, devenu un acte purement civil au temps du droit classique, sous l'Empire, a toujours été, même à cette époque, précédé de cérémonies religieuses destinées à attirer sur les futurs époux la protection de la divinité.

Ces cérémonies religieuses se réduisaient en somme à deux :

On prenait d'abord les auspices pour savoir si les dieux étaient favorables. Cette formalité paraît avoir été remplie au moment où l'on scellait les tablettes nuptiales qui réglaient les conditions civiles de l'union conjugale et dont le rôle correspondait à celui de notre contrat de mariage actuel. Des amis de l'époux servaient de témoins et l'un d'eux pouvait, sans cependant posséder officiellement le titre d'augure, en remplir la fonction, pourvu qu'il eut une connaissance suffisante de la science augurale.

La consultation des auspices était bien là à sa place, si l'on considère que les Romains ne manquaient jamais dans les affaires importantes privées ou publiques de s'assurer du concours des dieux en leur faveur.

Ces préliminaires accomplis, on passait à la seconde formalité. La jeune épouse était conduite vers la demeure

(1) V. sur cette matière : Cauvet. — *Le droit pontifical chez les anciens Romains*.

de son mari, vers la fin du jour, et elle était entourée à cette occasion d'une troupe de jeunes gens qui chantaient les louanges du dieu Hyménée. Puis on simulait un enlèvement, souvenir probable de l'enlèvement des Sabines et peut-être aussi comme symbole de la pudeur alarmée, et les parents de la future épouse faisaient le simulacre de la défendre. Après avoir reçu les clefs de sa nouvelle maison, le premier acte de sa vie conjugale était d'offrir un sacrifice aux dieux pénates de la demeure qu'elle devait habiter désormais. Le sacrifice, dans lequel aucune victime n'était immolée, consistait dans l'oblation de l'eau et du feu, ces deux éléments si utiles à la vie des hommes (1).

La religion était donc intimement mêlée à la célébration du mariage (2). Sans aucun doute, les pontifes avaient fixé les formules des invocations qui devaient comprendre outre les pénates un grand nombre de dieux et de déesses ; il importait en effet qu'aucun de ceux qui devaient être invoqués ne fut oublié, car les Romains craignaient que celui qui n'aurait pas été invoqué, alors qu'il devait l'être, n'en profitât pour se venger aux dépens des époux.

Les cérémonies que nous venons de voir n'étaient pas, nous l'avons dit, essentielles pour la validité du mariage

(1) *Virgini ni hortos deductæ ; cùm inseparata dicta esset a viro, die nuptiarum, priusquam ad eum transiret, et priusquam aqua et igne acciperetur, id est nuptiæ celebrarentur, obtulit vir decem aureos dono.* Dig. fr. 66, § I, *De don. int. vir. et ux.* Liv. XXIV, Tit. I.

(2) De là ces vieilles définitions du mariage ; *nuptiæ sunt divini atque humani juris communicatio, — Uxor sociâ humanæ rei atque divinæ.*

et, de plus, elles étaient communes aux plébéiens et aux patriciens.

Mais, il y eut à l'origine un mode spécial de mariage réservé aux patriciens, et où l'élément religieux prédominait, avec la nullité du mariage pour sanction si toutes les formalités n'avaient pas été remplies. Ce mode d'union était la *confarreatio*.

Gaius (1) nous en donne la description suivante : *Farreo in manum conveniunt mores per quoddam genus sacrificii in quo farreus panis adhiberetur, inde confarreatio dicitur. Sed complura præterea hujus juris ordinandi gratia, cum certis et solemnibus verbis, præsentibus decem testibus, aguntur et fiunt.*

Avant d'insister sur ces cérémonies, recherchons quelle était l'utilité de ce mode spécial de mariage. Les pontifes y assistaient, voyons donc aussi pourquoi leur présence était nécessaire.

Les pontifes prenaient part à la cérémonie principalement pour deux raisons : D'abord parce qu'ils devaient constater la validité du mariage nécessaire à la transmission régulière des *sacra*, en second lieu parce que le mariage faisant sortir la femme de sa famille l'associait aux *sacra* de son mari (*sacrorum communio*) (2) et par conséquent produisait dans le domaine des cultes une perturbation que l'autorité religieuse en vertu de son devoir de protection des intérêts des dieux devait approuver.

La jeune fille en se mariant va abandonner le culte du foyer et des ancêtres divinisés qu'elle a honorés et priés

(1) Gaius.— *Comm.* I, §, 112.

(2) *Nuptiæ sunt divini atque humani juris communicatio.* I, *dig. de ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

pendant sa jeunesse. Lorsqu'elle sera mariée, elle sacrifiera au foyer de son mari et priera des dieux qui sont spéciaux à celui-ci. Que l'on ne dise pas qu'elle pourra honorer en même temps ces nouveaux dieux et ceux de son ancienne famille. Non, les dieux domestiques de chaque famille romaine sont complètement étrangers les uns aux autres et n'admettent point de partage dans leur culte. D'un autre côté, le mari va introduire dans son culte une étrangère, lui révéler les formules mystérieuses qui lui sont spéciales, forment l'apanage exclusif des siens et certes ne constituent pas aux yeux du romain la partie la moins importante de son patrimoine (1). Puisque la jeune fille allait-être initiée au culte de son mari, ne fallait-il pas qu'elle reçut une sorte d'investiture, d'ordination? Ce sera la cérémonie du mariage *per confarreationem* qui produira cet effet.

Quelles étaient les formalités de la *confarreatio*? En nous reportant au texte de Gaius que nous avons cité plus haut ainsi qu'à plusieurs autres textes, nous voyons que la *confarreatio* était un acte rempli de formalités éminemment religieuses. Elle consistait en un sacrifice offert par les deux époux à Jupiter en présence de dix témoins, du Pontifex Maximus, du *Flamen Dialis* et de quelques autres prêtres. Les époux prononçaient des paroles solennelles destinées à constater l'accord intervenu entre eux : *Certa et solemnia verba* (2) Le sacrifice consistait dans l'offrande d'un pain composé d'épeautre, *far*, l'une des plus anciennes espèces de grain connu des

(1) Fustel de Coulanges.— *La cité antique*, page 42.

(2) Gaius.— I. 112. *Ulp regul.* IX.

Romains, (1) d'où le nom de *confarreatio*. Les époux se partageaient le pain et le mangeaient. Ils versaient aussi une libation (2). Une fois ces formalités accomplies, les époux étaient associés au même culte ; la femme avait les mêmes dieux, les mêmes rites, les mêmes prières, les mêmes fêtes que son mari.

Quant à son effet, la *confarreatio*, forme solennelle entre toutes assurait au mari la *manus* dans toute son étendue, mais lui faisait un devoir de ne pas abuser de son autorité. Celui qui vendait sa femme était maudit. Celui qui la répudiait sans motif devait lui abandonner la moitié de sa fortune et abandonner l'autre moitié à Cérès. Le mariage *per confarreationem* était en principe indissoluble (3). Il ne pouvait être rompu que par les formes lugubres de la *diffarreatio* dont nous dirons quelques mots un peu plus loin.

Le mariage *per confarreationem* fut vite tombé en désuétude, grâce à la rigueur de ses effets, s'il n'eut été nécessaire pour le recrutement des prêtres. Ceux-ci en effet devaient être nés d'une union de cette sorte (4) et ne pouvaient eux-mêmes se marier sous un autre régime. Cependant la rigueur de la *confarreatio* parut excessive et ce mode de mariage ne fut bientôt plus nécessaire que pour le Roi des sacrifices, les flamines de Jupiter,

(1) Pline.— *Hist. nat.* XVIII, 3, 40. *In sacris nihil religiosius confarreationis vinculo erat, novæque nuptæ farreum præferebant.*

(2) Il est intéressant de constater que les formes de la *confarreatio* se retrouvent presque identiques dans le mariage Hindou (Esmein. — *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, page 15).

(3) Bouché-Leclercq. — *Manuel des institutions romaines*, page 379.

(4) Gaius. — I-112.

de Mars et de Quirinus, lesquels pour être promus à ces dignités devaient être issus de parents mariés de cette manière (1). Tibère pour sauver la *confarreatio* en atténua les effets juridiques en décidant en l'an 23 que désormais le mariage *per confarreationem* serait assimilé au mariage libre et que la femme ne serait plus sous la puissance de son mari qu'au point de vue purement religieux (2).

Quelles étaient les personnes à qui, dans les premiers siècles de Rome, la *confarreatio* n'était pas indispensable comme mode de mariage, mais qui seules pouvaient s'en servir ? C'était les patriciens dont il formait le privilège exclusif. Ce privilège, joint à la nécessité d'après les traditions pontificales que toute fonction religieuse fut interdite au citoyen issu de parents mariés d'une autre manière, explique la répugnance des patriciens à concéder aux plébéiens le droit d'alliance commune, *jus connubii*. Ces raisons expliquent les protestations des auteurs de ce temps contre un projet de loi du tribun Canuleius qui proposait de permettre dorénavant les mariages entre les deux ordres (3). C'est également pour les mêmes motifs que les patriciens rejetaient l'admission des plébéiens, nés de parents mariés sans *confarreatio*, aux grandes magistratures de l'Etat, emportant toujours avec elles le pouvoir de prendre des auspices et d'immoler des victimes. « *Id videri quod omnia divina humanaque turbentur ; jam*

(1) *Quod jus etiam nostris temporibus in usu est, nam flamines majores, id est diales, martiales, quirinales, sicut reges sacrorum, nisi confarreatis nuptiis nati inaugurari non videmus* : Gaius. — I, 112.

(2) Tacite. — *Ann.* IV, 16.

(3) Tite-Live. — *Hist. Liv.* IV, § 2.

ad consulatum vulgi turbatores accingi. Quod nemo plebeius auspicia haberet, ideo decemviros connubium deremisse, ne incerta prole auspicia turbarentur (1) ».

Les patriciens regardaient comme un sacrilège qu'un plébéien put sacrifier et il leur semblait impossible que les dieux pussent voir d'un œil favorable des sacrifices offerts par des hommes issus d'unions profanes. Ces protestations n'empêchèrent pas du reste la loi d'être votée en l'an 310 de Rome. Dès lors les filles de plébéiens qui épousaient des patriciens purent se marier *per confarreationem* et leurs enfants jouissaient des mêmes prérogatives que leur père. Peu à peu la nécessité d'être né d'une union solennelle disparut implicitement pour l'admission aux grandes magistratures quand l'accession à celles-ci fut permise aux plébéiens ; il en fut de même pour l'admission aux sacerdoces et nous avons vu que le mariage *per confarreationem* ne fut plus à la fin nécessaire que pour certaines grandes dignités sacerdotales.

Nous avons déjà signalé le caractère indissoluble du mariage *per confarreationem*, mais cette indissolubilité cédait en certaines circonstances fort graves, notamment lorsque l'épouse se rendait coupable soit d'adultère, soit d'empoisonnement, soit de supposition d'enfants, soit encore de possession de fausses clefs. La rupture du mariage *per confarreationem* se faisait au moyen d'une cérémonie appelée *diffarreatio*, cérémonie qui s'accomplissait sous la surveillance du Pontifex Maximus. C'était une suite de pratiques d'un caractère lugubre. Les deux époux se présentaient une dernière fois devant le foyer.

(1) Tite-Live. — *Hist. Liv.* IV, § 6.

La femme offrait un sacrifice expiatoire afin de s'efforcer de fléchir le courroux des dieux domestiques de son mari et de conjurer leurs vengeances. Puis on présentait aux époux un gâteau de far, pareil à celui qu'ils avaient mangé au moment de la cérémonie de la *confarreatio*, mais il est probable que dans la *diffarreatio* ils le repoussaient afin de montrer qu'il n'y avait plus rien de commun entre eux. Enfin, ils prononçaient des formules « d'un caractère étrange, sévère, effrayant, haineux » (1). Dès lors le culte commun n'existait plus grâce à cette sorte de malédiction. Le mariage était dissous.

SECTION II

La constatation des filiations. — L'adoption et l'adrogation

Le peuple romain était fortement constitué, et il eût été étonnant que chez un tel peuple on se fut désintéressé, de la naissance des individus et que l'on ne se fut pas préoccupé d'en conserver la preuve. Aussi ne doit-on pas être étonné de trouver à Rome des modes officiels de constatation des naissances, modes divers il est vrai suivant les époques, mais qui tous tendaient au même but, la constatation pour chaque individu d'un état civil au sens moderne du mot.

Il existait d'abord un moyen fourni par le droit pontifical. Il consistait à entourer les enfants des deux sexes, au moment de leur entrée dans la vie, de cérémonies revêtant un caractère religieux. C'était par exemple la

(1) Plut. — *Quest. rom.*, 50.

lustration ou initiation décrite en ces termes par Festus (*verbo : lustrici dies*): *Lustrici dies appellantur, puel-larum octavus, puerorum nonus, quia his lustrantur atque eis nomina imponuntur*. De nombreux parents et amis entouraient l'enfant au jour de la lustration de sorte que cette cérémonie, bien qu'accomplie dans l'enceinte du foyer domestique, avait un caractère public évident.

Mais il y avait un autre moyen beaucoup plus efficace de publicité. C'était le *cens*, sorte de cadastre officiel où était immatriculée toute la nation. Le cens était régi par des règles d'ordre à la fois politique et religieux et il consistait dans des déclarations commandées par la loi à chaque père de famille.

Nous n'entrerons pas ici dans les détails du cens. Il sera suffisant de dire pour montrer l'importance de cette institution, que tout romain était versé dans une certaine classe, suivant sa naissance ou sa fortune, selon que l'on se place à différentes périodes de l'histoire romaine. Des prérogatives religieuses ou politiques étaient attachées à chaque classe et dès lors il y avait grand intérêt à ce que chacun fut inscrit dans la classe où il avait vraiment le droit de figurer. De là la nécessité du cens et l'importance des déclarations prescrites au moment où il avait lieu. Les opérations une fois terminées, la date de la naissance des enfants se trouvait fixée et les registres étaient déposés dans le trésor de l'un des temples les plus renommés de Rome afin que là mémoire en demeurât perpétuelle.

Le cens avait, il est vrai, un caractère plus politique que religieux, cependant le caractère sacerdotal dominait dans la cérémonie de la clôture du cens ou *lustratio*. Les citoyens vêtus de blanc et couronnés de fleurs en

signe de réjouissance se réunissaient avec leurs enfants au champ de Mars et se rangeaient dans leurs centuries respectives. Puis les censeurs passaient dans leurs rangs et offraient ensuite aux dieux un sacrifice solennel accompagné d'un grand nombre d'invocations (1). L'un des censeurs prononçait des paroles sacramentelles et celles-ci lui étaient dictées par un membre du collège des pontifes gardiens de toutes les formules religieuses transmises par les ancêtres. (2)

Le droit pontifical n'apparaît pas seulement dans les cas que nous venons d'étudier. En effet, il y avait encore comme mode de constatation des filiations, la cérémonie de l'introduction du jeune romain dans des confréries religieuses appelées *compitalia* à Rome et *paganilia* dans les campagnes. Ces confréries avaient pour but d'honorer spécialement les dieux protecteurs du territoire habité par les ancêtres, et, lorsqu'un citoyen entraînait dans l'une d'elles, qui était toujours celle de ses parents, un cérémonial religieux très compliqué donnait une grande solennité à cet événement. De plus, la mémoire de la réception du nouveau membre était conservée dans des tablettes spéciales et, si besoin était, elles pouvaient servir à constater les filiations. Il faut encore signaler comme mode de preuve des filiations revêtant un caractère religieux, l'introduction du citoyen dans la gens et la prise de la robe virile.

La naissance était un événement qui assignait au Romain sa place dans l'Etat et dans la famille. Mais ce n'était pas le seul. Souvent une famille illustre était

(1) Tite-Live. — *Hist.*, liv. I, § 44.

(2) Cauvet. — *Le droit pontifical chez les anciens romains*, page 39.

menacée de s'éteindre par manque de descendants mâles, et, faute d'un chef de famille, les *sacra* allaient être privés de culte et abandonnés. Aussi était-il nécessaire de donner artificiellement au chef de famille le descendant que la nature lui avait refusé et qui, après sa disparition, assurerait le culte des dieux domestiques. Ce fut le motif principal de l'extension prise à Rome par l'adoption. Elle fut encouragée dans un but facile à comprendre par la religion, et le droit pontifical ne manqua pas de s'immiscer dans cet acte de la vie civile qui l'intéressait tout particulièrement par les suites qu'il entraînait au point de vue religieux. L'influence du droit sacré se fit ici sentir surtout dans l'*adrogation* ou adoption d'un chef de famille. Comme tel il avait la charge d'assurer le culte des dieux domestiques et il ne fallait pas que l'adrogation sous prétexte de perpétuer le culte de l'adrogeant put nuire au culte des *sacra* de l'adrogé qui allait être forcé de les abandonner. Aussi, préalablement à l'adrogation y avait-il une enquête faite par le ministère des pontifes. Cette enquête, ils la faisaient sans le concours d'aucune autorité ; ils devaient s'assurer des intentions de l'adrogeant, voir si elles étaient bien conformes au but en vue duquel l'adrogation avait été instituée (1). Ils devaient également déterminer si l'adrogation proposée n'aurait pas pour résultat de ruiner un culte au profit d'un autre. Enfin, les pontifes devaient aussi examiner s'il y avait un écart d'âge suffisant (dix-huit ans) entre l'adrogeant et l'adrogé, car on voulait que l'adrogation fut conforme aux lois de la nature dont elle imitait les effets, et si

(1) Bouché-Leclercq. — *Manuel des instit. romaines*, p. 385.

l'adrogé était pubère. Il était nécessaire, et c'était la dernière condition, que l'adrogeant ne put plus avoir d'enfants ; les pontifes étaient chargés de s'en assurer. Cette prescription était dictée par cette idée que la faculté d'adrogner ne devait pas être un encouragement au célibat. Les lois caducaires fixèrent à soixante ans l'âge à partir duquel on était censé avoir perdu l'aptitude à la génération. Après l'enquête, et si elle était favorable, le roi ; plus tard le Pontifex Maximus, convoquaient les curies en comices calates (1). L'adrogeant et l'adrogé s'adressaient une série de demandes (*rogationes*). Puis l'adrogé renonçait à son ancien culte domestique ; c'est ce que l'on appelait l'*alienatio sacrorum* (2). Après quoi le vote d'une loi par l'assemblée, *lex curiata*, consommait l'adrogation. Il était alors vrai de dire que l'adrogation se faisait *auctoritate populi*.

Lorsque les curies ne se réunirent plus effectivement et qu'à leur place il n'y eut plus qu'un simulacre d'assemblée populaire représenté par trente licteurs présidés par un pontife, pris pour ce cas nécessairement dans l'ordre des patriciens, la formalité essentielle dut être la décision des pontifes. C'est ce qui nous explique la

(1) Au dernier siècle de la République, le P. M. Q. M. Scœvola, afin de mettre à couvert la responsabilité des pontifes, faisait prêter serment à l'adrogeant ; les résultats de l'enquête étaient ainsi confirmés.

(2) C'est une question très discutée que celle de savoir si l'*alienatio sacrorum* est la même chose que la *detestatio sacrorum* qui accompagnait la *transitio ad plebem* devant le comices calates. Savigny et Lange soutiennent l'affirmative ; Mommsen la négative. Nous croyons que les résultats de ces deux cérémonies étaient les mêmes, c'est-à-dire l'abandon d'un culte domestique, et que la différence résidait seulement dans les formules employées.

contradiction apparente de plusieurs auteurs latins lorsqu'ils nous disent devant qui sont opérées les adrogations. Cicéron et Tacite rapportent en effet que les adrogations avaient lieu *apud pontifices*, tandis que Gaius parle d'adrogations faites *populi auctoritate* (1). Il y avait là en somme une *lex curiata apud pontifices*.

Plus tard enfin, il n'y eut plus ni enquête des pontifes, ni *lex curiata*. L'enquête fut faite par le magistrat et la volonté du prince fut le seul moyen d'opérer l'adrogation qui se fit désormais *principali restricto* ou *auctoritate imperatoris*.

Avant d'aller plus loin, disons quelques mots d'une adoption spéciale, l'adoption testamentaire, dont on possède un exemple historique, celui d'Octave adopté par le testament de César. Le romain mort sans enfants faisait savoir dans son testament qu'il adoptait tel ou tel citoyen comme son fils. Mais cette seule expression de volonté ne devait pas suffire et il y avait probablement un vote de comices curiates après enquête des pontifes. Tout devait se passer comme dans l'adrogation, car l'adoption testamentaire était pour ainsi dire une adrogation posthume. Il pouvait y avoir un changement de gens pour l'adopté.

Citons à propos de l'adoption testamentaire les paroles de Mommsen : « Le changement de gens peut résulter
« après la mort d'un testateur d'une institution d'héritier
« faite par lui sous cette condition. C'est là l'adoption
« par testament qui, au sens rigoureux du mot, n'est pas
« autre chose qu'une adrogation où le consentement du
« père adoptif est remplacé par un testament.

(1) Cauvet. — *Le droit pontifical chez les anciens Romains*, page 50.

« Il n'y a pas d'objection théorique à ce que le changement de famille soit ratifié par les curies après « enquête préalable des pontifes de façon à faire consi- « dérer l'héritier institué comme adopté par le testateur « au moment de sa mort, puisque toute loi peut se donner « à elle-même un effet rétroactif. » Le plus souvent, le testateur devait recourir à l'adoption testamentaire afin de prévenir l'extinction imminente des *sacra*. A cause de cela même ce mode d'adoption dut jouir d'une grande faveur.

Nous arrivons à la *transitio ad plebem*. C'était un acte par lequel un patricien passait dans les rangs de la plèbe, généralement afin de pouvoir épouser une plébéienne, ou comme le fit Clodius à l'époque de Cicéron, pour pouvoir arriver au tribunat. Le patricien devait procéder à la *detestatio sacrorum*, c'est-à-dire à une cérémonie dans laquelle il renonçait au culte de ses ancêtres et des dieux domestiques de sa famille. L'accomplissement d'un sacrifice et la récitation de certaines prières étaient nécessaires afin d'apaiser le courroux des dieux auxquels un de leurs adorateurs allait être enlevé. D'après Lange, la *transitio ad plebem* est un acte complexe dont l'adrogation n'est qu'un épisode. Le patricien pour devenir plébéen devait, selon lui, après avoir abjuré son culte domestique, être adrogé, s'il était *sui juris*, adopté s'il était *filius familias*, par un plébéen ; puis émancipé par ce dernier. Cette théorie a sa base dans le peu que nous savons des procédés employés par Clodius en 59. Mommsen croit que la *transitio ad plebem* s'effectuait uniquement par l'effet d'une *detestatio sacrorum* faite devant les comices calates réunis par le Pontifex Maximus. D'autres pensent qu'on reniait

simplement le patriciat sans qu'il y eut *detestatio sacrorum*. Nous ne saurions affirmer qu'il y eut un reniement du patriciat, mais il nous semble impossible que l'abandon des *sacra gentilitia*, institution si respectée des Romains, put avoir lieu sans le secours d'une cérémonie religieuse.

Nous n'avons que très peu de renseignements sur la restitution du patriciat, c'est-à-dire la réintégration d'un patricien devenu plébéen dans son ancienne qualité de patricien, et sa réadmission au culte des *sacra gentilitia*. Il est certain cependant qu'une cérémonie religieuse, contrepartie de la *detestatio sacrorum*, avait lieu.

SECTION III

La propriété et le droit des sépultures

Les pontifes se sont occupés de la propriété sous toutes ses formes. Leurs rapports avec elle se sont produits aussi bien pour les choses qui appartenaient aux particuliers que pour celles qui faisaient partie du domaine des dieux et de l'état romain. Etudions successivement ces trois espèces de propriété.

1^o La propriété privée. — Le droit des pontifes s'est appliqué à la propriété privée établie sur les biens de l'*ager romanus*, expression qui comprit d'abord le seul territoire de la Rome primitive, puis qui fut étendu à tout le territoire de l'Italie et même à celui des villes qui avaient obtenu le *jus Italicum*.

A l'origine, la propriété sur les terres romaines avait été conférée aux citoyens en vertu d'un partage fait par les rois (1) et ce partage qui portait sur des terres conquises avait été accompagné de formalités rigoureuses sur lesquelles nous reviendrons bientôt. Avant d'y arriver, disons que seuls étaient capables d'être propriétaires les citoyens, c'est-à-dire ceux qui faisant partie de la patrie romaine en adoraient les dieux. Les étrangers adoraient des dieux dont les intérêts paraissaient opposés à ceux de Rome et dès lors ils étaient complètement exclus de la propriété romaine. Bien plus, les alliés de Rome, ceux qui faisaient partie des *civitates federatæ*, ne pouvaient être propriétaires que si un décret du peuple ou du sénat les en déclarait capables.

Les cérémonies usitées au temps des rois pour la distribution des terres faisant partie de l'*ager romanus* furent en honneur pendant fort longtemps, et leur origine pontificale n'est pas douteuse. Elles avaient lieu dans des cas très nombreux et particulièrement lorsqu'il s'agissait de délimiter à nouveau des champs dont le temps avait obscurci les limites ou lorsqu'il fallait placer des bornes nouvelles à la suite du partage d'un domaine ayant appartenu précédemment à plusieurs citoyens. Dans tous les cas elles avaient un caractère solennel.

C'était les agrimensores qui étaient chargés de présider les opérations de délimitation. Leur caractère sacerdotal n'est pas douteux et leur art se rattachait à la science augurale. Dès lors, les pontifes leur dictaient les rites qu'ils étaient chargés d'accomplir et avaient sur eux un droit de surveillance étroite. Tenant à la main un

(1) Cic. — *De rep.* Liv. II, § 14.

lituus, sorte de petit bâton dont se servaient aussi les augures, les agrimensores fixaient les points cardinaux et par suite les orientations nécessaires pour délimiter les propriétés qu'ils allaient constituer en appelant sur elles la protection des dieux. Une fois les limites bien définies, il fallait planter des bornes et cette cérémonie, faite en présence des propriétaires intéressés, comportait un sacrifice offert sur un autel de gazon et où la victime était figurée par une truie. Les restes de la victime étaient avec les débris du vase de terre qui avait servi à faire les libations, enfouis dans la fosse où la borne allait être plantée. A partir de ce moment, elle avait un caractère religieux bien déterminé. Dédiée au dieu Terme, elle garantissait la propriété privée beaucoup mieux que n'eussent pu le faire toutes les prescriptions du droit civil. Celui qui déplaçait les limites d'un champ était considéré par les lois de Numa comme sacrilège et dévoué aux dieux vengeurs; son crime était puni de mort (1). Aux temps classiques, la peine était moindre; elle consistait dans la relégation ou le travail des mines; cependant, si le crime avait été commis par un esclave, la peine de mort pouvait être prononcée (2).

Le droit pontifical s'est croyons-nous mêlé à la mancipation *per aes et libram*. C'était le mode solennel de constater les changements survenus parmi les propriétaires de l'*ager romanus*, et, les rites, les paroles sacramentelles qui étaient nécessaires à cette occasion, rappellent le formalisme usité pour les invocations aux dieux. Peut-être le *libripens* lui-même n'était-il qu'une

(1) Festus.— *De Verborum signif.* V° *Terminus*.

(2) Frag. 2 et 3. *Dig. de termino moto*. Liv. XLVII, tit. XXI.

sorte d'augure privé. Ce qui est certain c'est qu'avant de commencer la vente fictive qui constituait la mancipation, il prenait les auspices et il est logique de penser qu'aux paroles revêtues d'un caractère civil qu'il prononçait s'en mêlaient d'autres qui constituaient des invocations aux divinités protectrices de la terre.

Le caractère pontifical apparaît aussi mais d'une façon beaucoup plus évidente dans les *legis actiones*. D'après Cicéron les pontifes en seraient les inventeurs, et Valerius Probus les identifie complètement aux *monumenta pontificum* (1). Le dépôt des formules des *legis actiones* appartient exclusivement au collège des pontifes jusqu'à la fin du premier siècle de la République ; mais l'une d'elles surtout est empreinte d'un caractère religieux indéniable. C'est la plus ancienne de toutes, la *legis actio sacramenti*. Gaius (2) nous dit que le *sacramentum* était une forme générale de procédure applicable à tous les cas qui n'avaient pas été réglés par des lois spéciales ; toutefois ce qui nous intéresse particulièrement c'est de savoir que cette forme était usitée dans les contestations relatives à la propriété quiritaire. Qu'était-ce donc que cette procédure dont le nom seul éveille une idée religieuse ? La *legis actio sacramenti* consistait dans le dépôt d'une somme d'argent, fait par chacun des plaideurs qui se disputaient la propriété d'une chose du domaine quiritaire, entre les mains des pontifes, auprès du pont Sublicius. La partie qui gagnait son procès retirait son enjeu, *sacramentum* ; celle qui

(1) Cicéron. — *De orat.* I, 43.

Val. Prob. — *De notis antiquis*, § 1 et 4.

(2) Gaius. — IV, § 13.

perdait l'abandonnait comme peine de sa mauvaise foi aux pontifes et ceux-ci l'employaient à faire des sacrifices afin d'attirer les bénédictions des dieux sur le peuple romain. Plus tard le *sacramentum* fut versé à l'*ærarium*.

2° *Les biens propriété des dieux*. Les dieux étaient à Rome propriétaires d'un grand nombre de biens ou étendaient leur protection sur beaucoup de parties du territoire romain, et les pontifes, intermédiaires entre les hommes et la divinité, étaient tout naturellement désignés pour veiller à la conservation de ce patrimoine sacré. On divisait les choses dont les dieux étaient propriétaires ou qu'ils protégeaient en trois catégories : *Res sacræ*, *res religiosæ*, *res sanctæ*. Chacune de ces catégories avait des caractères différents et c'était aux pontifes qu'incombait le soin de fixer dans quelle classe chaque bien devait figurer : *Inter decreta pontificum*, dit Macrobe (1), *hoc maxime quæritur, quid sacrum, quid profanum, quid sanctum, quid religiosum*.

Voyons successivement les *res sacræ*, les *res religiosæ* et les *res sanctæ* (2).

A. *Res sacræ*. — Les *res sacræ* étaient les choses consacrées aux *dii superi* (3), c'est-à-dire aux dieux du ciel et de la terre. Elles comprenaient principalement les bois sacrés, les temples, les sanctuaires, les statues des dieux, les fontaines, etc. (4). Mais pour qu'une chose fut

(1) Macrobe. — *Op. cit.* III, 13, 1.

(2) Sur ces matières, V. Accarias : *Précis de droit romain*, I, nos 190 et suiv., et Cauvet. — *Le droit pontifical chez les anciens romains*.

(3) Gaius. — II, 4.

(4) Cauvet. — *Op. cit.*, p. 54.

sacra, il n'était pas suffisant qu'elle fut déclarée telle par la coutume, il fallait qu'elle fut *consecrata* c'est-à-dire qu'une cérémonie spéciale lui eut conféré le caractère sacré (1). Dès lors les dieux avaient la propriété exclusive de la chose qui leur était offerte.

A qui appartenait le droit de consécration ? En principe il appartenait aux pontifes. Ils avaient à cet égard un pouvoir sans bornes en ce qui concernait les dons de peu d'importance. Mais lorsqu'il s'agissait d'immeubles, leur droit de consécration était subordonné à la permission donnée par le peuple romain assemblé. Ce fut la loi *Papiria* (304) qui en décida ainsi : « *Video esse legem veteram tribunitiam*, dit Cicéron (2), *quæ vetat, injussu plebis, oedes, terram, aram consecrare*. » Cette loi fut plusieurs fois renouvelée durant la période de la République, et Cicéron nous apprend dans la suite de son *pro domo* quels motifs l'avaient dictée. Elle tendait selon lui à protéger la propriété privée contre les entreprises de tribuns audacieux qui aux époques de discordes civiles prétendaient consacrer au culte divin les biens de leurs ennemis, en vertu du caractère sacré qu'ils tenaient de la loi qui les avait institués.

Le peuple romain, en même temps qu'il autorisait la consécration d'un bien immobilier, désignait le magistrat auquel appartiendrait l'honneur de faire la dédicace ; tous les magistrats possédaient des attributions religieuses et dès lors un choix était nécessaire. Mais la

(1) « *Sacra sunt quæ rite et per pontifices deo consecrata sunt*. » Inst. L., 2, t. 1, p. 8.

(2) Cicéron. — *Pro domo*, § 127.

présence des pontifes était indispensable ; eux seuls connaissaient les formules de prières usitées en pareille circonstance, eux seuls savaient quels rites devaient être accomplis, quelles paroles devaient être prononcées. Il en était encore ainsi du temps de Cicéron (1). Un pontife au moins devait assister en personne à la cérémonie de la consécration et il dictait au magistrat les prières qu'il lui fallait réciter. A une époque plus avancée, le peuple n'eut plus à donner son assentiment, mais il fallut un sénatus-consulte ; dans le dernier état du droit il fut lui-même remplacé par une constitution impériale.

Lorsqu'un immeuble avait été consacré, il était désormais soustrait au commerce ; il était imprescriptible, inestimable en argent et ne pouvait donner lieu à aucune espèce de droit de la part des particuliers. On voit par ses conséquences quelle était l'importance de la consécration qui fut appliquée à Rome à un nombre de biens très considérable. Toute violation des principes appliqués aux *res sacrae* était considérée comme un sacrilège, mais si une nécessité impérieuse forçait, contre toute attente, à rendre à la circulation un bien consacré, il fallait que le peuple assemblé, un sénatus-consulte ou une constitution impériale, suivant l'époque à laquelle on se place, vinssent permettre leur aliénation. Mais auparavant une cérémonie appelée *profanatio* avait lieu dans laquelle des *exaugurationes*, cérémonies expiatoires, étaient accomplies afin d'apaiser la colère des dieux privés dorénavant d'une partie de leur patrimoine.

(1) Cicéron. — *Pro domo*, § 121.

B. — *Res Religiosæ*. — Les *res religiosæ* étaient la propriété des *dii inferi* (1) : Lares, pénates ou mânes, divinités propres à chaque famille et qui n'étaient autre chose que les ancêtres déifiés. Parmi les *res religiosæ*, on peut citer l'autre Iupercal et son figuier (*ficus Ruminalis*) qui avait abrité Romulus enfant ; la cabane qui l'avait vu grandir ; le marais de la chèvre (*capræ palus*) près duquel il disparut (2) ; puis les endroits que la foudre avait frappés ; mais la catégorie de beaucoup la plus importante était figurée par les tombeaux, et les pontifes, gardiens naturels du culte des mânes qui étaient censées habiter les sépultures, leur avaient fait une large place dans leurs commentaires. Ce titre de gardiens des sépultures ne fut point pour les pontifes une sinécure, et grâce à lui, ils continuèrent d'exercer leur influence alors que toutes les autres branches du droit civil étaient affranchies du joug théologique. Mais, les pontifes n'étaient pas seulement chargés des tombeaux car ils devaient veiller à ce que des funérailles accompagnées de rites réglementaires fussent faites à tout mort quelque fut sa condition et cette partie de leurs fonctions avait surtout pour but d'assurer une sépulture aux citoyens pauvres et aux esclaves. L'importance qu'attachaient les Romains aux cérémonies des funérailles tenait à cette idée superstitieuse que l'ombre d'un mort privé de sépulture errait durant un siècle sur les bords du Styx (3), et se vengeait de la négligence des vivants à son égard en leur envoyant des songes

(1) Gaius. — II, 4.

(2) Bouché-Leclercq. — *Les pontifes de l'ancienne Rome*, page 147.

(3) Virg. — *Eneide*. Liv. VI, v. 329.

funestes ou en faisant entendre pendant la nuit des hurlements sinistres (1).

Ces idées préliminaires étant posées, voici les règles que les pontifes avaient établies. Elles formaient ce que l'on appelait le droit des mânes (*jus manium*) et sont passées intégralement dans le droit civil.

1° Tout terrain n'était pas propre à devenir *religiosus*. La loi des XII tables défendait d'enterrer les morts dans l'intérieur de la cité et dans un lieu public : *Hominem mortuum, inquit lex in XII tabulis, in urbe ne sepelito, neve urito. — Sic decretum a pontificum collegio, non esse jus, in loco publico fieri sepulcrum* (2). — Cette prohibition fut étendue aux autres villes par un rescrit d'Hadrien (3) et son but était d'empêcher que les villes ne fussent rendues inhabitables par la présence d'une légion de mânes.

2° L'inhumation ne pouvait léser les droits d'un tiers, aussi fallait-il qu'elle fut faite par le propriétaire du terrain. Un usufruitier ne pouvait enterrer sans la permission du propriétaire, un propriétaire sans la permission de l'usufruitier. Dans le cas où le terrain était une propriété collective, l'un des possesseurs ne pouvait le convertir en sépulture sans l'aveu de ses copossesseurs. De même un propriétaire dont le terrain était grevé d'une servitude ou d'une hypothèque ne pouvait faire d'inhumation sans le consentement de celui en faveur duquel la servitude ou l'hypothèque étaient établies. Mais, si une inhumation avait été faite en violation du droit de celui

(1) Ovide. — *Fast.*, liv. II, v. 550.

(2) Cicéron. — *De legibus*, II, 23.

(3) 3 § 5, *Dig de sepulcro violato*, XLVII, 12.

dont le consentement était nécessaire, lui-même ne pouvait pas exhumer les dépouilles. Il fallait la permission des pontifes qui dictaient quelles mesures devaient être prises pour l'exhumation et la translation.

3° L'érection d'une cénotaphe ne suffisait pas : il fallait la présence effective d'un cadavre ou de cendres, et en plus que l'inhumation fut définitive c'est-à-dire que les formules et les cérémonies traditionnelles eussent fixé à tout jamais dans le tombeau les mânes du défunt.

4° Le tombeau de l'esclave était *res religiosa* aussi bien que celui du citoyen, car l'esclave faisait partie de la famille. Mais le tombeau de l'étranger ne bénéficiait pas du caractère religieux (1).

5° La partie seule sur laquelle s'étendait le tombeau était *res religiosa* et non le fonds tout entier sur lequel il se trouvait. De là il résultait que la vente d'un terrain sur lequel était un sépulcre ne conférait à l'acquéreur aucun droit sur ce dernier : *Vendito fundo, religiosa loca ad emptorem non transeunt, nec in his jus inferre mortuum habet* (2).

La *res religiosa* était inaliénable et non susceptible d'un droit réel. Mais la personne qui avait fait d'un terrain un bien religieux avait le *jus sepulcri*. Ce droit lui conférait la faculté d'inhumer dans le terrain les membres de sa famille, d'offrir des sacrifices, de réclamer un passage pour accéder au tombeau ; enfin de transmettre ces différents droits aux membres de sa famille, qu'ils fussent ou non ses héritiers. Celui qui possédait le *jus sepulcri* avait du reste une action, l'action *sepulcri violati*, qui lui permettait d'agir contre

(1) 2, princ. Dig. de relig., XI, 7.

(2) Paul. — Sent. Liv. I, Tit. XXI, § 7.

quiconque aurait voulu détourner le terrain de sa destination, et il jouissait d'un certain droit de modifier la forme et l'ornementation du monument funéraire (1). Ce droit toutefois s'exerçait sous la surveillance des pontifes.

Une *res religiosa* pouvait cesser de l'être par exemple à la suite d'une exhumation, mais il fallait que cette exhumation eut été autorisée par les pontifes (2).

Terminons en disant qu'à l'époque de Papinien le collège des pontifes pouvait encore contraindre l'héritier à l'érection d'un monument, qui lui avait été imposée par le testateur (3).

C. — *Res sanctæ*. — Aucune divinité spéciale n'était propriétaire, mais on voulait, en leur imprimant un caractère sacré, les protéger contre les entreprises des particuliers (4). La catégorie des *res sanctæ* comprenait entre autres choses les murs et les portes des villes ainsi que nous le dit Justinien : *Sanctæ quoque res, veluti muri et portæ, quodammodo divini juris sunt, et ideo nullius in bonis sunt*.

Pour qu'une *res* fut *sancta*, il fallait qu'elle eut été consacrée. A l'origine, Romulus avait consacré les murs de Rome, et lorsque l'extension des murs devint nécessaire par suite de l'augmentation de la population, on ne manqua pas de l'imiter. Le consul ou le dictateur désigné par le peuple pour accomplir cet acte important prit les auspices et, assisté des pontifes, conduisit lui-même la

(1) Loi 7. *Code de relig.*

(2) Pline le jeune. — Liv, X. *Lettres* 73 et 74.

(3) Loi 50, § 1. *Dig. de hered. petil.*

(4) *Inst.* Liv. II, tit. I, § 10, de *reb. div.*

charrue qui traça le sillon à la place duquel devaient s'élever les nouveaux murs. Le même cérémonial était observé lorsqu'une colonie était fondée par les Romains et que les colons construisaient l'enceinte de leur ville.

La consécration s'appliquait aussi au *pomœrium* qui était aux yeux des Romains une *res sancta*. On appelait ainsi une sorte de route qui entourait extérieurement les remparts de la ville et sur laquelle on se rendait pour prendre les auspices ; la vue était trop limitée dans la ville même pour qu'il fut facile d'observer avec fruit le vol des oiseaux.

3° *Les biens propriété du peuple romain.* — C'était ce qu'on appelle aujourd'hui les biens du domaine public : Routes, places, portiques, théâtres, etc. Des autels votifs s'élevaient au coin des places, dans les rues, sur les carrefours et même en pleine campagne, et les passants avaient l'habitude d'offrir des libations de peu d'importance aux divinités de second ordre auxquelles ces autels étaient dédiés. Les cirques et les théâtres participaient surtout du caractère religieux. Les jeux étaient toujours célébrés en l'honneur des dieux de la patrie, et les pontifes en avaient réglé les moindres détails dont l'inobservation constituait un sacrilège. Il fallait alors tout recommencer (1).

(1) Cic. — *De harusp. resp.* § 23.

SECTION IV

Matières diverses

A. — *Stipulation*. — La stipulation est une des formes du contrat verbal admise par les Romains. Les parties prononcent des paroles solennelles déterminées qui sont la manifestation matérielle de leur accord préalable. Dès lors un contrat naît et il engendre les obligations qui découlent de tout contrat. Voilà la stipulation telle qu'elle existait au moment où le droit romain est arrivé à sa maturité. Mais primitivement, la stipulation était remplacée par une forme d'engagement verbal archaïque, la *sponsio*. C'était une forme religieuse (1) par laquelle le promettant, *sponsor*, prenait la divinité à témoin de sa promesse et appelait sur sa personne la vengeance divine au cas où il viendrait à manquer à la parole donnée (*exsecratio*). Le lien qui naissait de cet engagement ne paraît pas avoir donné primitivement lieu à une sanction civile, mais il n'en avait pas moins de force, car il exposait le *sponsor* à la peine religieuse suite de l'*exsecratio* que le débiteur avait prononcée contre lui-même ; l'*exsecratio* est en matière religieuse ce que la *damnatio* consentie par le *nexus* est en matière profane.

(1) On fait dériver *sponsio*, *spondere* d'un ancien verbe, *spendo*, qui est semblable au verbe grec σπενδω, lequel signifie : répandre une libation. En grec σπενδαί signifie : traité conclu avec des cérémonies religieuses. (Bréal et Bailly. — *Dict. Etym.* V° *spondeo*). La libation et la promesse avaient lieu *ad aram maximam Herculis*, Hercule étant le protecteur de la bonne foi, *fides*, en même temps que du serment.

On constate aussi ce caractère non obligatoire au point de vue civil de la *sponsio* dans les fiançailles. Elle ne donnait pas d'action au cas de violation de la promesse, mais il y avait là aussi l'*exsecratio*.

A raison même de son caractère religieux, la *sponsio* perdit rapidement de son importance, car elle était inaccessible à tous ceux qui, comme étrangers, ne participaient pas au culte national. Dans la *stipulatio* elle-même cependant, il subsiste des vestiges de l'ancienne *sponsio*. Ainsi la solennité des paroles, l'emploi des termes consacrés pour l'interrogation et la réponse, la concordance de celles-ci etc (1).

B. — *Les vœux et le serment* (2). Le vœu, c'est une promesse que l'Etat ou des particuliers font de consacrer aux dieux une partie des biens profanes : Terrains, édifices, animaux, argent, quelquefois même des vies humaines. Bien que les vœux se soient surtout produits à Rome en matière politique, ils intéressent aussi le droit privé. Les objets consacrés par l'Etat ou les particuliers allaient sortir du commerce par suite de leur changement de propriétaire et les pontifes en vertu de leur pouvoir de surveillance religieuse devaient dicter les formules du vœu et en vérifier la validité. De plus, une fois le vœu reconnu valable, ils devaient s'assurer que les promesses faites étaient exécutées. Celui qui manquait à son vœu était *exsecratus*.

(1) May.— *Précis du droit romain*. T. II, pages 82 et 83.

(2) V. Bouché-Leclercq.— *Les pontifes de l'ancienne Rome*. Liv. II, Ch. III, § V.

Le serment n'était à l'origine qu'une espèce de vœu par lequel un individu prenait à témoin la divinité de la vérité de ses paroles et de la sincérité de ses engagements, ou affirmait l'existence ou la non existence d'un droit en litige. Le serment était fait alors que la contestation n'était encore portée ni *in jure* ni *in judicio*. Celui qui faisait le serment abandonnait à la divinité une partie de ses biens, quelquefois même sa personne.

Il y avait là en quelque sorte un double vœu. La première partie de l'opération, qui était généralement omise en pratique, consistait à inviter le ciel à récompenser la bonne foi. C'est ce qu'on appelait *l'obsecratio*. Dans la seconde, *exsecratio*, on appelait sur la tête du parjure la malédiction divine. Ce n'était pas là de simples formalités, car souvent l'objet consacré était offert au moment du serment. On peut citer comme exemple la somme d'argent consignée par les plaideurs entre les mains des pontifes et abandonnée par celui qui perdait sa cause. Cette somme d'argent, *sacramentum*, dont nous avons parlé plus haut, était destinée à payer les frais des sacrifices.

Les pontifes compétents en matière de vœu l'étaient à plus forte raison en matière de serment. C'était eux qui décidaient s'il y avait manquement à la foi jurée et en ce cas quelle peine devait être appliquée au parjure. Une conséquence du caractère religieux du serment fut de soumettre les débats judiciaires à la surveillance des pontifes et de leur permettre de donner des formules rédigées par eux.

Le serment perdit peu à peu son caractère religieux et fut remplacé par le *jusjurandum*, serment muni d'une sanction civile.

SECTION V

Les Hérédités testamentaires et *ab intestat* (1)

S'il est une matière où l'on ne doit pas être étonné de trouver l'ingérence des pontifes, c'est bien celle des hérédités. Le citoyen mort, les *sacra* allaient peut-être se trouver abandonnés, leur culte délaissé, et il importait au plus haut point que la perpétuité des cultes privés fut assurée. On peut constater à plusieurs reprises dans le : *de legibus* de Cicéron cette préoccupation. Les Romains croyaient que la cessation des cérémonies pieuses eut été funeste non seulement aux membres de la famille du défunt, mais aussi à la République que les dieux irrités taxeraient de négligence à l'égard de leurs intérêts et considèreraient comme coupable d'un manque de surveillance.

Pour éviter un danger aussi grave, les pontifes avaient élaboré une série de règles quelquefois subtiles qui présidèrent toujours dans le droit romain à la transmission des hérédités testamentaires ou *ab intestat*. Le but de ces règles en cas de succession *ab intestat* était d'assurer au défunt un successeur qui put prendre en même temps que sa fortune la suite du culte des *sacra*. En cas de succession testamentaire, le but était de veiller à ce que le continuateur de sa personne que s'était donné lui-même le défunt fut capable de remplir les fonctions sacrées qui lui revenaient en même temps que l'hérédité.

(1) Sur cette matière : V. Cauvet.— *Op. cit.*, ch. V.

Bien qu'elles fussent de beaucoup les moins nombreuses à Rome, voyons d'abord les hérédités *ab intestat*.

Dans l'ancien droit des Douze tables, lorsqu'un Romain mourait sans avoir fait de testament, ses biens étaient dévolus d'abord aux héritiers siens, en second lieu aux agnats, enfin à défaut de ces deux premiers ordres, aux gentiles. Le sens de ces expressions est trop connu pour qu'il soit nécessaire de l'indiquer. Ce qu'il importe de dire, c'est que la vocation de ces héritiers était fondée sur l'attachement que le défunt était présumé avoir eu pour eux, mais aussi et surtout sur l'espoir qu'ayant pratiqué le même culte que lui, les appelés continueraient à entretenir dignement les *sacra* qu'ils avaient honorés du vivant du *de cuius*. Il faut remarquer, et c'est une preuve de la vérité de la dernière idée que nous venons d'émettre, que les cognats ne pouvaient venir à la succession, car aucun parent ne pouvait avoir deux familles, pas plus qu'on ne pouvait avoir deux patries. Le fils, qui honorait les pénates de son père, ne pouvait honorer ceux de sa mère, si mariée sans *manus*, elle avait conservé leur culte. Dès lors, il ne devait pas hériter d'elle et à plus forte raison venir à la succession de ses parents maternels.

Si les héritiers des trois classes que nous avons indiquées venaient à manquer, qu'allaient devenir la fortune et le culte des dieux domestiques du défunt ? Ils allaient être abandonnés. Pour qu'il n'en fut pas ainsi, les pontifes, guidés toujours par leur devoir de surveillance en matière religieuse, imaginèrent un moyen que son but excusait à peine tant il était contraire à l'équité. Il

consistait à permettre au premier venu, fut-il même de mauvaise foi, de s'emparer de l'hérédité et d'être déclaré héritier définitif au bout d'un an, sous la seule condition d'acquitter fidèlement les obligations religieuses auxquelles était astreint le défunt. Gaius (1) n'hésite pas à qualifier d'improba cette usucapion spéciale qui portait le nom d'*usucapio pro herede*. Lorsque les *sacra* furent négligés, l'*usucapio pro herede* subsista, mais pour une raison toute différente, afin de hâter l'adition d'hérédité. A partir d'une loi Julia rendue sous César, l'*usucapio pro herede* perdit son utilité, cette loi ayant décidé qu'à défaut d'héritiers les biens du défunt revendraient au peuple romain tout entier.

Il résulte des textes que les pontifes pouvaient forcer l'héritier légitime ou celui en tenait lieu à l'exécution des sacrifices dépendant de la succession. En cas de refus ou de négligence, les pontifes auraient adjugé l'hérédité au domaine public et les censeurs, administrateurs de ce domaine, eussent affecté une partie des revenus des biens héréditaires aux dépenses des sacrifices accomplis désormais au nom du peuple.

Nous arrivons aux hérédités testamentaires. Elles étaient à Rome de beaucoup les plus nombreuses. Les citoyens, même ceux qui ne possédaient que très peu de biens, avaient l'habitude de faire un testament, mourir *intestatus* étant considéré par un romain comme honteux. Dès lors, la fortune allait passer à des héritiers du choix du défunt et avec elle la charge des *sacra* et il importait, dans l'intérêt que nous connaissons déjà, de combiner le principe de la perpétuité des *sacra* avec les vicissitudes

(1) Gaius. — *Comm.* II, § 55.

qu'allait entraîner à sa suite le respect du libre exercice de la volonté du défunt. Les pontifes n'avaient pas manqué de s'intéresser à cet état de choses, et ils imaginèrent, de même qu'au cas de succession *ab intestat*, de rattacher étroitement l'entretien des cultes domestiques à la propriété, de manière que les héritiers quels qu'ils fussent ne pussent accepter la succession sans accepter en même temps les obligations qui y étaient attachées « *sacra cum pecunia*, dit Cicéron (1), *pontificum auctoritate, nulla lege, conjuncta sunt.* » Mais il fallait veiller à ce que le principe fut observé par ceux qui testaient. Aussi voyons nous, à l'époque de la loi des XII tables, le citoyen qui voulait tester forcé de soumettre ses dispositions à l'approbation des comices calates convoqués deux fois par an par le Pontifex Maximus et présidés par un pontife assisté d'augures et de flamines (2). Le testateur comparaisait devant ces comices et manifestait ses volontés. Puis, les pontifes constataient si les moyens employés par le disposant pour assurer après sa mort le maintien des sacrifices domestiques que lui avaient transmis ses aïeux, étaient suffisants. Après quoi, le vote ou l'approbation tacite des curies revêtaient d'une force légale les volontés manifestées par le testateur.

Le testament *calatis comitiis* tomba assez rapidement en désuétude et fut remplacé par un mode beaucoup plus simple, le testament *per aes et libram* qui subsista pendant toute l'époque classique du droit romain. Il consistait en une vente simulée que le testateur faisait de

(1) Cicéron. — *De leg.* II, 21.

(2) Aul-Gell. — *Nuits att.* Liv. XV, ch. XXVI.

son hérédité future, d'abord à l'héritier de son choix, plus tard, à une sorte d'exécuteur testamentaire chargé en apparence de la remettre à ce dernier. Avec cette nouvelle forme de tester, le citoyen débarrassé de la publicité et du contrôle qui existaient dans le testament *calatis comitiis*, avait toute liberté, et il était à craindre que la transmission des *sacra* en souffrit. Aussi, les pontifes inventèrent-ils un nouveau moyen pour arriver au but qu'ils poursuivaient toujours. Ils élaborèrent et firent introduire par les jurisconsultes un certain nombre de règles relatives à la rédaction des testaments, à leur exécution et aux obligations religieuses qui découlaient de leurs dispositions. Ces règles étaient les suivantes. Les *sacra* du défunt passent : 1^o à ses héritiers ; 2^o au légataire qui a hérité de la majeure partie de la fortune ; 3^o aux co-partageants, s'il y en a, de ce legs principal (1). Mais ces quelques règles étaient trop simples, et bien des cas avaient été oubliés. Aussi, dans les derniers temps de la République, on établit d'autres règles plus complètes qui nous sont rapportées par Cicéron (2). Voici comment il s'exprime : « *Hoc jura pontificum auctoritate consecuta sunt ut, ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adjuncta, ad quos ejusdem morte, pecunia venerit. Hæredum causa justissima est : Nulla est enim persona quæ ad vicem ejus qui e vita emigraverit, propius accedat. Deinde qui morte testamentove ejus, tantumdem capiat quantum omnes hæredes. Tertio loco, si nemo sit hæres, is qui de bonis quæ ejus fuerint quum moritur*

(1) Cicéron. — *De leg.*, II, 19, 20.

(2) Cicéron. — *De leg.*, II, 48.

usuceperit plurimum possidendo. Quarto, si nemo sit qui ullam rem ceperit, de creditoribus ejus qui plurimum servet. Extrema illa persona est ut is qui ei qui mortuus sit pecuniam debuerit, neminique eam solverit, perinde habeatur quasi eam pecuniam ceperit. »

Ainsi cinq règles ; sont obligés à l'entretien du culte domestique du défunt : 1° Les héritiers naturels et concurremment ;

2° Celui qui, par le fait de la mort ou du testament prend dans la succession autant que tous les héritiers. Le légataire visé ici était le légataire partiaire. Il recueillait la majeure partie de l'hérédité, et en conséquence, le règlement des pontifes lui attribuait la charge des *sacra*. C'était un moyen pour le testateur de détacher les *sacra* de son hérédité, soit qu'il jugeât ses héritiers indignes de les continuer, soit qu'il voulut simplement leur épargner une charge (1). Il est probable que cette forme de legs a été imaginée à l'époque où le culte des ancêtres était tombé en désuétude, et pour remédier à la situation faite aux *sacra*, mais il faut ajouter que le legs partiaire continua d'être employé alors que le culte des *sacra* n'existait plus ;

3° A défaut d'héritiers, est obligé à l'entretien des *sacra* celui qui possède par usucapion la plus forte portion des biens du défunt, au jour du décès ;

4° S'il ne se trouve aucun acquéreur de cette espèce, c'est celui qui a retiré le plus de la succession ;

5° Enfin, le dernier qui doit hériter des sacrifices est le débiteur du défunt qui, n'ayant payé à personne, sera

(1) Accarias. — *Précis de droit romain*, I, p. 1069.

censé avoir acquis par prescription la somme qu'il n'aura point payée.

Il semble que toutes ces règles étaient bien faites pour assurer la transmission du culte domestique et pourtant nous verrons, quand nous étudierons la décadence du droit pontifical, que les jurisconsultes avaient trouvé des moyens subtiles d'éluder les prescriptions que nous venons de parcourir.

Nous avons dit au commencement de cette section que l'intervention des pontifes dans les questions de succession avait pour mobile la conservation des *sacra*. Il convient d'ajouter que les intérêts des mânes du défunt étaient aussi confiés aux pontifes, et parmi ces intérêts nul n'était plus important que le droit aux funérailles. Aussi, de peur que l'avarice des vivants ne fit tort aux morts et que les fournisseurs des objets nécessaires à une inhumation régulière ne fussent arrêtés par l'idée de n'être pas payés, l'autorité pontificale émit certaines règles qui sont passées dans les codes. Les pontifes décidèrent que le mari pourrait retenir sur la dot de sa femme ce qu'il aurait dépensé pour les funérailles de celle-ci et qu'en tout cas, les créances pour frais de funérailles seraient privilégiées (1). L'omission d'une formalité essentielle ou l'empêchement accidentel de rendre au défunt les derniers devoirs grevait la succession d'un sacrifice expiatoire annuel qui faisait désormais partie des *sacra*.

(1) Paul. — *Sent.* I, 15, 21.

CHAPITRE III

Les Pontifes jurisconsultes ; leur rôle quant à l'administration de la justice

Nous venons d'étudier l'influence qu'ont exercée les pontifes sur diverses matières du droit privé, influence directe au premier chef puisque dans toutes ces matières l'élément sacré se trouve sans cesse mélangé à l'élément profane ; souvent même, nous l'avons vu, la présence effective d'un ou de plusieurs membres du collège des pontifes était indispensable pour la validité des actes juridiques. Leur rôle ne s'est pas borné là. Ils ont influencé le droit d'une façon beaucoup plus générale, indirecte il est vrai, mais non moins certaine et non moins efficace pour leur suprématie. Nous voulons parler du rôle qu'ils ont joué comme jurisconsultes. Faut-il ajouter : Et comme administrateurs de la justice ? C'est une question très discutée que nous traiterons dans la seconde partie de ce chapitre.

§. 1 — Les Pontifes jurisconsultes

Les pontifes avaient une méthode bien déterminée en matière de *fas* et ils ne l'ont point démentie en matière de *jus*. Aussi est-ce en concluant de leur rôle en matière religieuse que l'on peut tirer des indications sur leur rôle en matière de droit profane.

Nous avons vu que les pontifes n'étaient nullement les prêtres d'un dieu déterminé et n'accomplissaient eux-

mêmes aucune cérémonie, chaque divinité ayant ses prêtres particuliers. On pourrait dire qu'en somme ces pontifes ne pontifiaient pas. Surveillants des différents cultes, intermédiaires entre l'homme et la divinité, leur fonction se bornait à veiller à ce que chaque dieu reçut le tribut d'hommages qui lui revenait et à conseiller l'homme sur la façon dont il devait apporter ce tribut. Magistrats ou particuliers accomplissaient personnellement les cérémonies des sacrifices ; eux seuls prononçaient les formules. Mais pour que le sacrifice fut valable, des rites compliqués étaient nécessaires ; il fallait de plus qu'il fut fait certains jours, avec certains animaux et en récitant certaines prières. Aussi y avait-il à côté de l'officiant un véritable souffleur, quelqu'un d'autorisé et de compétent qui lui dictait les actes qu'il avait à faire, les paroles qu'il avait à prononcer. C'était là le rôle des pontifes et leur intervention était ici d'autant plus nécessaire qu'eux seuls savaient si, en cas de faute des officiants, une expiation était possible et quelle elle devait être. Les pontifes étaient donc des hommes de l'art qui connaissaient le secret des formules et des rites nécessaires. Cette mission qu'ils avaient de venir ainsi au secours des magistrats ou des particuliers nous est attestée par un grand nombre d'auteurs anciens (1).

Dans le domaine du *jus* comme dans le domaine du *fus*, les pontifes possédaient les recettes pour faire un acte juridique valable. Eux seuls connaissaient les paroles et les formules requises et étaient détenteurs de la

(1) Tite-Live. — *Hist.* Liv. I, Ch. 20. — Plut. — *Vie de Numa*, ch. IX et XII. — Denys-d'Hal. — *Antiq. rom.* Liv. II, § 73. — Cic. — *De leg.* Liv. II, § 20.

science du droit (1). Ils indiquaient aux parties quelle marche elles devaient suivre pour introduire l'action en justice et aussi les paroles solennelles consacrées qui devaient être prononcées, car de nombreux pièges étaient tendus au plaideur par le formalisme de l'ancienne procédure romaine et Gaius nous en cite un exemple dans le passage suivant : « *Cum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est eum rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.* » (2).

On comprend que la possession exclusive du droit primitif assurait aux pontifes un grand pouvoir et afin qu'il ne fut pas diminué, ils empêchaient qu'il ne fut divulgué (3). Nous verrons qu'à une certaine époque leur privilège disparut.

Par là même que les pontifes avaient à donner aux parties des formules, ils étaient amenés à interpréter la loi, à dire laquelle devait s'appliquer et dans quelle mesure il convenait de l'appliquer ; dans le cas de la *legis actio*, c'était eux qui décidaient dans quelle *legis actio* rentrait l'objet que l'on réclamait. Considérés comme interprètes de la loi, les pontifes méritent d'être mis sur le même rang que le législateur lui-même, car leur part n'est pas moindre que la sienne dans la formation du droit ancien. L'interprétation en effet était dans

(1) Tite-Live. — *Hist.* IX, 46. *Civile jus repositum in penetralibus pontificum.* — Val. Maxime : *Des faits et des paroles mémorables*, II, 5, 2. *Jus civile per multa sæcula inter sacra cærimoniasque deorum immortalium abditum solisque pontificibus notum.*

(2) Gaius. — IV, 11.

(3) Cicéron. — *De orat.*, I, 41, 186.

la loi ancienne beaucoup plus importante que dans la loi moderne. De nos jours, lorsqu'une loi est proposée au législateur, il l'examine soigneusement sous toutes ses formes et en règle les détails les plus minutieux. Après qu'il lui a donné son approbation, elle est immuable et doit être appliquée telle qu'il l'a faite. Il n'en était pas ainsi pour la loi romaine. Le législateur romain se contentait de fixer dans le texte de la loi les idées principales qui devaient en former la charpente et c'était aux interprètes à en déduire les conséquences, à élaborer les détails. Cette façon de procéder était du reste bien logique; le peuple romain remplissait les fonctions de législateur et dès lors il eut été impossible à des citoyens dont l'immense majorité n'avait pas la notion exacte du droit, de régler minutieusement les dispositions de la loi.

On peut dire en somme, qu'à Rome les fonctions de législateur étaient divisées entre les législateurs proprement dits, ceux qui faisaient la loi, et les juriconsultes, ceux qui interprétaient la loi. Cicéron nous le dit dans son *de legibus* (1) lorsqu'il nous expose son plan idéal de législation, et il nous donne un exemple qu'il prend en matière religieuse: Les cultes privés, nous dit-il, doivent demeurer à perpétuité, voilà la loi, et les pontifes en ont déduit cette conséquence par voie d'interprétation: A la mort du chef de famille, les cultes privés passeront à celui qui recueillera les biens (2).

A Rome donc, c'était les pontifes qui interprétaient la loi, ainsi que le constate Pomponius: *legum interpretandi scientia apud collegium Pontificum erat* (3).

(1) Cicéron. — *De leg.* II, 17, 19.

(2) Cuq. — *Institutions juridiques des romains*, p. 145.

(3) Loi 2, § 6, Dig., *De orig. juris*.

Cette affirmation pourra sembler illogique de notre part quand on aura constaté un peu plus loin que nous n'admettons pas que le collège des pontifes ait constitué un tribunal. Comment donc, nous dira-t-on, les pontifes interprétaient-ils et quelle pouvait-être la valeur de leur interprétation? Nous croyons que si les pontifes ne rendaient pas de décisions judiciaires, ils pouvaient seuls dire à ceux qui présidaient à l'administration de la justice quel était le droit et suivant quelles formes il devait être appliqué. Le droit comme la religion, nous l'avons dit, consistait dans l'observation de certains rites, et d'autre part le magistrat ne pouvait être saisi valablement d'un litige que si certaines formes avaient été observées. Dans ces conditions, ne fallait-il pas auprès de lui un conseil qui lui dictât ce que lui-même n'avait pu apprendre, car, élu pour un an, et presque constamment préoccupé par des guerres, il n'avait pas le temps de s'occuper de jurisprudence.

Quelle était donc la valeur de cette interprétation? Avait-elle force de loi? Nous ne le croyons pas, car nulle part dans les textes on ne rencontre trace d'une semblable concession. Les pontifes n'ont pas reçu officiellement le pouvoir d'interpréter; mais en fait ils le possédaient, et leurs décisions étaient forcément respectées, car d'une part, personne ne pouvait autant qu'eux être compétent dans les matières où le *fas* était intéressé, et nous avons vu qu'elles étaient nombreuses; et d'autre part, il fallait bien s'en rapporter à ce qu'ils disaient en ce qui concernait les autres matières du droit, puisqu'eux seuls étaient détenteurs de la science juridique. Enfin, à raison même du caractère sacré qui faisait des pontifes l'objet de la vénération du peuple,

leurs décisions comme interprètes devaient avoir une grande valeur.

Les pontifes interprétaient et les décisions qui découlaient de leur interprétation étaient inscrites dans les *commentarii* ou *libri pontificum*. Ces commentaires étaient des recueils de formules et de règlements connus des pontifes seuls et contenaient en outre des règles qui remontaient à l'époque royale (1). « Hommes maniant la
« plume et la parole, dit Ihering (2), obligés et habitués à
« rédiger avec tout le soin et la prudence nécessaires la
« foule des actes et des formules que leur vocation
« ecclésiastique leur permettait tous les jours d'ébau-
« cher, familiers avec les principes du droit ecclé-
« siastique qui intéressait tant d'actes de la vie civile,
« ils étaient pour la Rome antique ce qu'ont été partout
« les ecclésiastiques aux périodes semblables de la
« civilisation, les écrivains et les notaires nés de la
« nation. » C'était donc des sortes d'archivistes, mais ils étaient aussi les gardiens de la tradition qui se transmettant oralement aurait sans eux rapidement disparu. « C'est, dit Savigny (3), la tradition qui veille à
« la conservation du droit et la tradition c'est un héritage
« qui se transmet par la succession continue des

(1) Il ne faut pas confondre ces *commentarii* avec les grandes annales où les pontifes consignaient les grands événements de l'année : éclipses, prodiges, etc. — C'est grâce à eux que nous avons aujourd'hui une série de dispositions connues sous le nom de *leges regiae*, des fragments assez nombreux des XII Tables, plusieurs lois ou plébiscites des IV^e, V^e, VI^e siècles.

(2) Ihering. — *Esprit du droit Romain*, tome I, page 298.

(3) Savigny. — *Traité de droit Romain*, tome I, p. 20.

« générations. Les pontifes avaient pour mission de
« conserver intact ce patrimoine national. »

Les plaideurs, nous l'avons dit, étaient obligés de s'adresser aux pontifes pour avoir quelques renseignements sur la marche qu'ils devaient suivre et ceux même qui ne plaidaient pas devaient avoir recours à eux dès que le droit se mêlait à leurs affaires. Les pontifes donnaient des consultations à ceux qui venaient ainsi les trouver, et ces consultations portaient le nom de *decreta*. Mais ils avaient bien soin de ne dire jamais que juste ce qu'il fallait pour répondre à la question qui leur était posée, car ils craignaient que les trésors de science juridique qu'ils détenaient ne fussent divulgués par l'énoncé de règles générales. Aussi, les solutions qu'ils donnaient étaient-elles des solutions d'espèce, et ils se gardaient bien de laisser voir sur quels principes était basée leur réponse.

Ces consultations avaient, on le comprend, une grande autorité au moment où seuls les pontifes connaissaient le droit et elles continuèrent à jouir de cette autorité quand la science juridique fut mise au grand jour, grâce au caractère sacerdotal dont étaient revêtus ceux qui les avaient données. Un véritable droit coutumier fut ainsi créé à côté du droit civil, et lorsque S. Ælius publia dans les *Triperitita* ou *jus Ælianum* toutes les matières du droit, il fit figurer l'interprétation à côté des XII Tables et des *legis actiones*.

Nous sommes arrivés à nous demander comment les pontifes répondaient. Deux modes peuvent se concevoir; on peut supposer qu'ils agissaient en collège ou isolément; l'un et l'autre de ces systèmes a été pratiqué par eux.

Quand il s'agissait d'affaires intéressant l'Etat, c'était le collège tout entier qui intervenait. Il était appelé par le magistrat qui lui soumettait une question et il devenait ainsi son *consilium*. S'il s'agissait d'une affaire privée, on s'adressait au Pontifex Maximus qui se chargeait de consulter le collège. C'est ainsi qu'en 716 César consulta pour savoir s'il pouvait épouser Livie enceinte.

C'était le collège tout entier qui s'occupait de l'adrogation et à cet effet il était convoqué par le Pontifex Maximus qui faisait la *rogatio*. Le plaidoyer de Cicéron *pro domo* est très instructif en ce qui concerne le rôle des pontifes dans l'adrogation. Cicéron reproche à Clodius, patricien qui s'était fait adroger par un plébéien pour pouvoir parvenir au tribunat, la façon dont avait été accomplie son adrogation. Il constate que l'enquête prescrite par le droit pontifical préalablement à cet acte, n'a pas eu lieu : « *Quod est pontifices, jus adoptionis ? Nempe ut is adoptet qui neque procreare jam liberos possit et quum potuerit sit expertus. Quæ deinde causa cuique sit adoptionis, quæ ratio generum ac dignitatis, quæ sacrorum, quæri a pontificum collegio solet. Quid est horum in ista adoptione quæsitum.* » (1) Puis il ajoute que l'adrogation n'ayant point été approuvée par décret du collège des pontifes, doit être considérée comme nulle : « *Dixi apud pontifices, istam adoptionem nullo decreto hujus collegii probatam, contra omne pontificium jus factam, pro nihilo esse habendam* » (2).

On trouve dans ce même plaidoyer des passages très intéressants sur le mode d'intervention des pontifes en matière de consécration. Quand une affaire était de peu

(1) Cicéron. — *Pro domo*, XIII.

(2) Cicéron. — *Pro domo*, XIV.

d'importance, on s'adressait probablement à un seul pontife, mais quand il s'agissait d'une affaire aussi grave qu'une consécration, il était naturel que l'on consultât le collège tout entier ou tout au moins un pontife réputé pour sa science; le P. M. devait être ici tout désigné pour remplir ce rôle. C'est contre l'inobservation de ces règles que s'élève Cicéron spolié de sa maison par Clodius qui, pour lui en enlever la propriété, l'avait fait consacrer; il ne s'était adressé qu'à un seul pontife pour accomplir cet acte, et quel pontife! « *Pontifex inquit Clodius affuit. Non te pudet quum apud pontifices res agatur, pontificem dicere, non collegium pontificum affuisse: præsertim quum tribunus plebis, vel denuntiare potueris, vel etiam cogere? Esto: collegium non adhibuisti. Quid de collegio quis tandem affuit?..... Frater, inquit, uxoris mee* (1)..... *Sin autem scientia est quæsitâ, quis erat minus peritus, quam is qui paucis illis diebus in collegium venerat?* » (2). Cicéron, à l'appui de sa thèse, apporte plusieurs exemples où pour des consécérations de lieux profanes ou même de simples déplacements d'objets consacrés, on avait pris l'avis du collège des pontifes tout entier (3).

Si en principe, lorsqu'on ne consultait qu'un seul pontife, il y avait liberté absolue de choix, un pontife cependant était désigné chaque année pour répondre à ceux qui n'avaient manifesté aucune préférence. Un roulement était établi entre les membres du collège: « *Ex quibus constituebatur quis quoque anno præesset privatis* » (4).

(1) Le pontife L. Pinarius Natta.

(2) Cicéron. — *Pro domo*, XLV.

(3) Cicéron. — *Pro domo*, L, LI, LIII.

(4) Loi 2, § 6. *Dig. de orig. juris*.

Il est probable que c'était seulement pour donner la solution des questions de droit privé et non des questions religieuses que ce roulement était établi.

Lorsqu'un pontife avait été consulté, il y avait une sorte de droit d'appel ; on pouvait s'adresser au collège tout entier. C'est ce qui ressort d'un passage de Tite-Live qui nous cite l'exemple d'un consul qui mécontent d'une décision des pontifes sur une affaire le concernant, s'adressa au Grand Pontife Licinius.

Toutes les réponses ou décisions rendues par les pontifes soit isolément, soit réunis en collège, portent dans les *commentarii* le nom de *decreta* et nous avons vu qu'elles étaient fondées sur ces *commentarii* eux-mêmes et sur la tradition.

§ 2. — Le rôle des Pontifes quant à l'administration de la justice

Le collège des pontifes a-t-il véritablement contribué à l'administration de la justice, a-t-il eu des attributions judiciaires proprement dites, en un mot, le collège des pontifes a-t-il formé un tribunal ecclésiastique ? C'est une question très difficile à résoudre ; elle a exercé la sagacité de tous ceux qui se sont occupés du droit pontifical, et des controverses auxquelles elle a donné lieu la lumière est loin d'avoir jailli. Nous n'avons pas la prétention de trancher définitivement cette question. Il faudrait pour arriver à ce résultat une plume beaucoup plus autorisée que la nôtre. Nous nous bornerons à exposer les principales théories élevées au sujet du rôle des pontifes dans l'administration de la justice. Nous commencerons par celles qui leur ont reconnu un pouvoir

judiciaire et nous dirons après chacune d'elles ce que nous en pensons ; nous donnerons ensuite la solution que nous aurons adoptée comme nous ayant paru la plus logique et nous citerons les opinions des auteurs sur l'autorité desquels nous nous serons appuyés pour conclure.

La base de toutes les discussions réside dans un fragment de Pomponius dont voici les termes : « *Legum et interpretandi scientia et actiones , apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur quis quoque anno præsetet privatis ; et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est* » (1).

Quel est au juste le sens de l'expression « *præsetet privatis* » ? C'est là que gît la difficulté.

Théorie de M. Accarias.—M. Accarias (2) donne du texte de Pomponius une explication très ingénieuse , mais à laquelle il nous est impossible de souscrire, car ni les textes , ni l'histoire ne nous semblent venir la confirmer. Voici comment s'exprime l'éminent auteur : « Il y eut, dit-il, une période de quatre-vingts ans environ (de l'année 340 à 388), pendant laquelle les Romains eurent tantôt des consuls, tantôt des tribuns consulaires investis du pouvoir consulaire. Or, un texte de Pomponius me conduirait à croire que pendant tout le cours de cette période, la juridiction fut séparée des autres attributions du pouvoir suprême, par conséquent n'appartint ni aux consuls ni aux tribuns militaires, mais fut confiée aux pontifes, et cela dans une pensée toute

(1) Loi 1, § 6, *Dig. de orig. juris*.

(2) *Précis du droit romain*, t. II, p. 652.

aristocratique : en effet, comme le tribunat consulaire était accessible aux plébéiens, si la *jurisdictio* y eut été comprise, les patriciens auraient risqué à chaque instant de la perdre par l'effet des circonstances qui amenaient si fréquemment la substitution de cette magistrature au consulat. » M. Accarias conclut donc que les pontifes ont eu la *jurisdictio*. Pour lui, le *præesse privatis* du texte précité signifierait que les pontifes ont eu le pouvoir judiciaire entre les mains. Sur quoi se base cette théorie ? Ce ne peut être sur l'expression elle-même « *præesse privatis* », elle est d'un caractère absolument vague et ne peut donner naissance à un argument un peu sérieux. Non, M. Accarias se rattache à une argumentation très originale. Il remarque la coïncidence de dates que présente d'une part la période de quatre-vingts ans environ pendant laquelle le pouvoir consulaire fut au mains, tantôt de tribuns militaires, tantôt de consuls, et d'autre part l'expression « *annis prope centum* » employée par Pomponius.

Il y a là certes un rapprochement curieux, mais rien ne prouve que Pomponius ait eu en vue la période dont nous parle M. Accarias, dont la théorie paraît contenir en elle-même sa propre condamnation. En effet, il nous présente le passage de la *jurisdictio* en matière civile aux mains des pontifes comme un acte politique, d'une haute importance, puisqu'il serait un épisode de la lutte entre patriciens et plébéiens, les premiers voulant par ce moyen empêcher les seconds d'exercer le cas échéant la *jurisdictio*. Dès lors, comment se fait-il qu'aucun historien, aucun commentateur n'aient parlé d'un événement aussi grave pour l'aristocratie romaine. Tite-Live

s'intéresse vivement à tout ce qui touche à la lutte entre les deux ordres ; nous n'en voulons pour preuve que la critique sévère qu'il fait de la loi *Canuleia* (1), laquelle avait accordé aux plébéiens le droit de s'allier aux patriciens. Or, Tite-Live ne fait nulle part mention de cette réforme législative qui, selon M. Accarias, aurait eu pour résultat l'attribution de la juridiction civile aux pontifes. Comment croire qu'il l'eut passée sous silence si elle avait existé ? Du reste, le passage lui-même de Pomponius nous paraît contenir la réfutation du système de M. Accarias. Le texte rapporté au Digeste nous apprend en effet que le rôle exercé par les pontifes leur venait non d'un événement à date fixe, d'une loi, comme cela se fut certainement produit si la *jurisdictio* leur avait été attribuée, mais bien de la coutume « *fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.* » Le mot *consuetudo* ne nous paraît laisser place à aucune équivoque.

Théorie de Ihering. — Cet auteur dans son *Esprit du droit romain* (2) a très nettement conclu en faveur du rôle judiciaire des pontifes et sa théorie ne laisse pas que d'être très séduisante au premier abord. Nous allons essayer de la résumer. Pour Ihering, le collège des pontifes formait un véritable tribunal ecclésiastique. La constitution d'un semblable tribunal était absolument nécessaire parceque le droit d'une façon générale était empreint d'un caractère religieux et que certaines actions touchaient à la religion d'une façon toute spéciale. Ainsi

(1) Tite-Live. — *Hist.*, liv. IV, 2 et 6.

(2) Ihering. — *Esprit du droit romain*, t. I, page 295.

le *sacramentum* a pour objet un pari avec serment et le serment est un acte éminemment religieux. De même pour d'autres actions et notamment pour *l'actio funeraria*, donnée à celui qui avait fait des avances de frais funéraires, pour lui permettre de les recouvrer; elle constituait une espèce d'action de gestion d'affaires et avait été admise bien avant l'action *negotiorum gestorum*. De plus les pontifes étaient les hommes les mieux placés pour administrer la justice puisqu'ils avaient la charge de la conservation des formules de toute espèce et qu'eux seuls étaient à même de donner des *responsa* relativement à ces formules. Et puis, qu'était-ce donc que le procès primitif? C'était en somme un accord par lequel on convenait de se présenter devant un arbitre chargé de trancher le différend. Or, qui mieux que les pontifes pouvait être désigné comme arbitre, puisqu'ils connaissaient seuls le droit et ses formules? On avait donc recours aux pontifes soit isolément, soit constitués en collège et dès lors les serviteurs de la divinité distrayant une partie du temps qui devait lui être consacré, au profit des humains, il fallait qu'elle reçut une compensation. Elle la trouvait dans le dépôt d'une certaine somme effectué par les parties; celle qui perdait abandonnait ce qu'elle avait déposé et la divinité en devenait propriétaire. Le dépôt ou *sacramentum* était fait dans un édifice auprès du pont Sublicius (Ihering fait remarquer que les Romains faisaient dériver de là l'origine du mot Pontifex). Une fois que les pontifes ont été investis de ces fonctions par l'usage, ils se sont trouvés constituer un véritable tribunal arbitral ecclésiastique. Il n'y avait donc pas là une situation légale, mais simplement de fait. Il n'y avait rien là qui fût une

jurisdictio, pouvoir appartenant aux magistrats et qui découlait de l'*imperium*. Précisément parceque les pontifes n'avaient qu'une situation de fait, il en résulte qu'il ne fut pas nécessaire qu'une réforme législative intervint pour modifier cet état de choses. Aussi Gaius (1) nous dit que la *legis actio* ne s'intente plus devant les pontifes, mais devant le préteur. Le *sacramentum* est alors acquis à l'*aerarium*. Si la *jurisdictio* avait été de tout temps laïque, on ne comprendrait pas que le *sacramentum* n'ait pas toujours été attribué à l'*aerarium*. Il fut donc un moment où le *sacramentum* n'entraît pas dans le trésor public.

Bien qu'Ihering ne le dise pas expressément, il est facile de voir qu'il est influencé non seulement par le texte de Gaius dont il parle, mais aussi par le passage de Pomponius que nous avons précédemment cité. Pour lui, le « *præesse privatis* » du texte signifie sans aucun doute que les pontifes ont administré la justice.

Il ne nous semble pas possible de souscrire à cette théorie. En effet, de tout le système d'Ihering il ressort que l'instance toute entière devait se dérouler devant les pontifes, en sorte qu'il n'y aurait eu en aucune manière intervention de magistrats. De plus, les pontifes n'auraient pas eu une mission officielle ; leur intervention aurait été purement officieuse. Et bien, l'histoire du droit vient contredire ces assertions, car il semble en découler que le droit de juger a toujours été un attribut du pouvoir. Il a appartenu d'abord au roi, puis plus tard au magistrat qui l'a remplacé et qui possédait l'*imperium*, chose absolument nécessaire pour avoir la *jurisdictio*.

(1) Gaius. — *Com.* IV, § 13.

Puis, tout ce que nous savons de l'ancien droit romain nous montre que la distinction entre le *jus* et le *judicium* n'existait pas ; l'instance se déroulait devant une seule personne et cette personne c'était le roi, plus tard le magistrat. Celui qui pouvait *jus dicere*, c'était le *judex* et une personne quelconque ne pouvait prendre ce titre. Ce *judex* c'est encore le roi qui en remplit la fonction et dans la suite le magistrat qui apparaît à sa place. Les consuls portent primitivement le nom de *judices*. Il est vrai que le titre de *judex* est attribué dans un texte de Festus au grand pontife ; il le qualifie de « *Judex et arbiter rerum divinarum et humanarum* » (1). Mais, il nous semble qu'il suffit de considérer ce texte pour voir que le mot *judex* n'y est pas pris dans un sens technique. Il est pris dans un sens très large ; l'association de *res divinæ et humanæ* qu'on y rencontre le démontre amplement. D'ailleurs on pourrait interpréter ces expressions en disant qu'elles se rapportent au pouvoir d'interprétation que possédaient les pontifes et qui leur faisait une situation analogue aux *judices*.

Ihering argumente du pont Sublicius et voit dans le dépôt qui était fait entre les mains des pontifes la preuve de leurs attributions judiciaires. Pour nous cet argument n'a aucune valeur. Il est bien vrai que le *sacramentum* était remis aux mains des pontifes, au pont Sublicius. Pas de doute à ce sujet. Varron nous le dit dans son « *De lingua latina* » (2). Celui qui était vainqueur retirait

(1) Festus. — V° Ordo : « *Pontifex Maximus quod iudex atque arbiter habetur rerum divinarum humanarumque* ». Bruns. — *Fontes juris*, page 349.

(2) Varron. — *De ling. lat.* Liv. V, § 180.

son *sacramentum* du lieu sacré. Le vaincu perdait le montant de son dépôt qui était attribué au trésor public. Ainsi donc au temps de Varron le *sacramentum* passait par les mains des pontifes, mais allait ensuite à l'*ærarium*, non au trésor des dieux. Il est vrai qu'on pourrait nous objecter qu'à une époque antérieure à Varron le *sacramentum* a du rester aux mains des pontifes et que c'est à cette époque que s'est référé Ihering pour en déduire qu'ils avaient l'administration de la justice. Certes nous croyons que pendant fort longtemps, avant l'époque à laquelle écrivait Varron, le *sacramentum* n'allait pas à l'*ærarium*, mais restait aux pontifes. Seulement nous ne voyons aucune raison d'en conclure que cet abandon était fait pour indemniser la divinité du temps que l'on prenait sur son service. Pour nous, nous l'avons dit précédemment, l'abandon fait aux pontifes était basé sur une considération religieuse. La divinité était courroucée par la mauvaise foi reconnue de celui qui perdait son procès et il fallait l'apaiser en abandonnant le *sacramentum* destiné à payer les frais occasionnés par les sacrifices.

Quant au texte de Gaius, il ne nous semble pas qu'Ihering puisse en tirer argument, car ce texte constate simplement que le *sacramentum* allait à l'*ærarium*. Tout ce que cela prouve, c'est qu'au temps de Gaius il en était ainsi, mais cela ne prouve pas que les pontifes l'aient eu jamais entre les mains et surtout qu'ils aient eu l'administration de la justice.

Théorie de Karlowa. — La troisième théorie qui reconnaisse aux pontifes un droit d'administration judiciaire est celle de Karlowa. Cependant, comme on va le

voir, elle est moins absolue que celles que nous avons examinées précédemment.

On sait que dès avant l'époque de la loi des XII Tables, une séparation s'était produite dans l'instance judiciaire. Les parties paraissaient devant le magistrat, puis celui-ci désignait un *judex privatus* qui tranchait le procès. Ce *judex privatus* pouvait être, en principe tout au moins, n'importe qui. Les pontifes n'auraient-ils pas rempli ces fonctions de *judices privati*, au moins pour le *sacramentum* ? C'est ce qu'a pensé Karlowa (1), dont le système se trouve être, nous l'avons dit, moins absolu que ceux de M. Accarias et d'Ihering, lesquels admettent que toute l'action se passait devant eux. Karlowa se basant sur le caractère religieux de l'instance primitive en déduit cette idée, que la compétence d'une autorité religieuse était absolument nécessaire. Il pense donc que les pontifes étaient des *judices privati*, et cet état de choses aurait continué d'exister jusqu'à une loi *Pinaria* (2) qui aurait enlevé aux pontifes leur compétence en cette matière ; cette loi serait le résultat de la lutte entre plébéiens et patriciens (on se souvient que les pontifes étaient des patriciens jusqu'à la loi *Ogulnia* (452 de Rome), laquelle leur permit d'entrer pour moitié dans la composition du collège). La *lex Pinaria* aurait donc laïcisé le procès.

Sur quoi repose cette théorie ? Elle ne repose sur aucun texte ; ce n'est qu'une pure conjecture qui n'apporte même pas avec elle des arguments sérieux. Gaius qui parle de cette *lex Pinaria* invoquée par Karlowa

(1) Karlowa. — *Romische rechtsgeschichte*, t. I, p. 274.

(2) Gaius. — *Comm.*, IV. § 15.

ne fait aucune allusion à cette prétendue modification qu'elle aurait opérée dans la procédure du *sacramentum*. Enfin, de tout ce que les auteurs nous ont laissé ayant rapport aux *judices privati*, il ressort que ceux-ci étaient des sénateurs. Or les pontifes n'étaient pas des sénateurs et il n'y avait aucune raison de les y assimiler.

Puchta (1), sans discuter la question, conclut dans le même sens qu'Ihering. Il pense que les pontifes ont été les premiers juges, notamment pour les matières du droit intéressant la famille.

On a pu voir dans la critique que nous avons faite des systèmes exposés ci-dessus, que nous repoussons l'idée des pontifes véritables administrateurs de la justice, juges au sens absolu du mot.

Qu'ont donc été pour nous les pontifes ?

Dans les idées anciennes des Romains, tout acte pour être valable a besoin d'une formule solennelle. Et cela est vrai de tout, même des formalités et opérations juridiques qui doivent avoir pour objet la réalisation du droit. Un seul terme, *actio* ou *actus*, désigne le tout, terme qui s'applique à tous les actes solennels. Plus tard s'opère une spécialisation. L'expression *actus legitimi*, désigne alors les actes solennels qui ont été reconnus par la loi des Douze Tables ; tandis que *actiones legitimæ* désigne ceux reconnus par des lois spéciales. On retrouve la première expression au digeste (2), la seconde dans Festus au mot *possessio* (3). Or il arrive bien vite que si ces formalités sont nécessaires elles deviennent, par

(1) Puchta. — *Institutionen*, t. 1, page 84.

(2) Liv. 50. Tit. 17. Loi 77. *Dig.*

(3) Festus. — *V° Possessio*, *Bruns-Fontes juris*, page 353.

l'usage répété qu'on en fait, de plus en plus fixes ; elles se cristallisent en quelque sorte et deviennent des moules. Le jour où ces formules sont ainsi fixées, ce jour là on conçoit la nécessité de les conserver ; on conçoit qu'il soit utile que des personnes compétentes dressent un tableau des formules variées, nécessaires à la validité de tout acte, qu'elles les conservent et recueillent les nouvelles au fur et à mesure qu'elles se forment. Voilà quel a été, selon nous, le rôle des Pontifes. En somme c'était des sortes d'archivistes et le dépôt de leurs formules se trouvait au pont Sublicius. Par suite de leurs fonctions en tant qu'archivistes ils ont été amenés à étendre rapidement leur autorité (1), forcé que l'on était de s'adresser à eux pour se renseigner sur les formules qu'ils déterraient avec un soin jaloux nous l'avons vu. Ils ont donc été les conseillers du roi et plus tard des magistrats qui l'ont remplacé et aussi des particuliers.

A l'époque royale, et au début de la République, le roi, les consuls et les préteurs ont le procès tout entier entre les mains. Supposons le roi saisi d'une instance. On lui demande de *jus dicere*. Le roi est juge, et en même temps Pontifex Maximus. Dans les solennités religieuses il est assisté du collège des pontifes. D'autre part, le *jus* est intimement lié au *fas*. Quoi d'étonnant dès lors de voir le roi réclamer l'assistance du collège pour trancher un procès, pour connaître les anciennes traditions, les précédents ? Il était donc tout naturel que les

(1) Ce n'a pas été la seule fois qu'une fonction est devenue importante après être partie de presque rien. On peut citer l'exemple des secrétaires d'Etat ou clercs du secret du temps de Saint-Louis, origine de nos ministres actuels.

pontifes fussent amenés à conseiller le roi. Il ne l'était pas moins qu'ils fussent appelés auprès des consuls et des préteurs lorsque ceux-ci avaient à juger. Consuls et préteurs ne connaissaient pas le droit et, auraient-ils voulu le connaître qu'ils ne l'auraient pas pu, à cause du peu de durée de leur magistrature et surtout à cause de l'impossibilité pour des profanes comme eux de consulter les principes du droit dans les archives pontificales. De même que les pontifes intervenaient ainsi auprès du roi ou des magistrats, de même pretaient-ils leur secours aux particuliers ; ils leur indiquaient comment ils devaient intenter la *legis actio*, et laquelle ils devaient intenter.

Pour nous résumer, nous dirons que les pontifes ont été des archivistes et des donneurs de conseils, mais que jamais ils n'ont été des juges.

Nous avons donné, en commençant, l'opinion des auteurs qui sont contraires à notre système. Nous devons dire maintenant que deux auteurs considérables ont pensé, comme nous l'avons fait à leur suite, qu'il ne convenait pas d'accorder aux pontifes la qualité de juges ; nous voulons parler de MM. Bouché-Leclercq et Cuq.

Voici comment s'exprime M. Bouché-Leclercq (1) :
« Les pontifes, gardiens de toutes les traditions et coutumes nationales, et conseillers des rois, rêvèrent peut-être le rôle de juges dans la nouvelle République. Quoiqu'il en soit, cette prétention eût été trop contraire à l'idée que les Romains se faisaient de l'autorité, trop combattue par les plébeiens qui sentaient le besoin de substituer aux traditions des innovations

(1) Bouché-Leclercq. — *Les Pontifes de l'ancienne Rome*, page 219.

« plus équitables, trop inconciliable avec la cooptation,
« qui rendait le collège complètement indépendant du
« suffrage universel, pour être acceptée par le peuple
« romain. Le pouvoir judiciaire resta indissolublement
« uni à l'*imperium* ou pouvoir exécutif, et les pontifes
« se bornèrent comme par le passé, à éclairer la con-
« science des juges. Leurs conseils étaient d'autant plus
« nécessaires que les magistrats, élus pour un an et
« distraits par des guerres perpétuelles, n'avaient pas le
« loisir d'étudier les questions de jurisprudence. Ce rôle
« pouvait suffire à l'ambition des pontifes : ils étaient,
« pour ainsi dire, la loi vivante et faisaient parler à leur
« gré les rares documents cachés dans leurs archives ».

M. Cuq (1) n'admet pas non plus que les pontifes aient été des juges. Il ne leur accorde qu'un rôle de conseillers, d'assesseurs en quelque sorte du magistrat, mais avec ce caractère spécial, que leur avis lie le magistrat. On a vivement reproché à M. Cuq de se mettre en contradiction avec l'histoire qui nous montre le droit se sécularisant de plus en plus : « La théorie de M. Cuq nous conduirait à penser qu'il y eut dans l'évolution du droit un mouvement rétrograde, un pas fait en arrière ; ce serait un retour offensif de la théocratie, la subordination du pouvoir civil au pouvoir religieux, dit M. Corniquet (2)..... Comment admettre, ajoute-t-il, que ce rôle prépondérant ait été accordé aux pontifes dans l'administration de la justice civile juste au moment où le droit affirme son caractère séculier. » Nous croyons ces

(1) Cuq. — *Les Institutions juridiques des Romains*, page 148.

(2) Corniquet. — Thèse pour le doctorat : *L'Influence du droit pontifical*, page 82.

reproches injustes. Il nous semble tout naturel au contraire qu'après une période où les pontifes avaient été les souverains conseillers du roi en matière de droit, il y ait eu une période intermédiaire de demi-sécularisation, où ils ont été les conseillers des magistrats. Comment admettre qu'ils aient d'un jour à l'autre abandonné une arme aussi puissante pour leur domination, que l'était celle que leur fournissaient leurs connaissances juridiques ?

Krueger conclut aussi dans le sens de l'opinion que nous avons émise (1).

Pour terminer ce qui concerne l'influence des pontifes sur l'administration de la justice, constatons qu'ils avaient entre les mains la confection du calendrier ; eux seuls du reste, grâce à leurs connaissances en astronomie, étaient capables de donner un calendrier à peu près exact. Les pontifes avaient divisé les jours de l'année en plusieurs catégories qu'il est inutile d'énumérer ici, beaucoup d'entre elles n'ayant d'intérêt qu'au point de vue du droit public. Qu'il nous suffise de dire que certains jours les affaires étaient par ordre des pontifes, complètement suspendues. Ces jours appelés *nefasti* (*fari non licet*) étaient exclusivement consacrés aux dieux, et le repos était obligatoire pendant leur durée. Par opposition aux *dies nefasti*, il y avait les *dies fasti* (*fari licet*), pendant lesquels, et c'est ce qui nous intéresse, la justice pouvait suivre son cours et les citoyens vaquer à leurs affaires. Le pouvoir des pontifes à cet égard nous est attesté par Varron dans plusieurs

(1) Mommsen, Marquardt et Krueger.— *Manuel des Antiquités romaines*, t. XVI (Krueger), page 38 et note 3.

passages de son *de lingua latina* (1). Ce pouvoir était considérable, car sous Marc-Aurèle, 230 jours seulement (*dies judicarii*) étaient réservés aux affaires. »

CHAPITRE IV

Décadence de l'Influence pontificale. — Ses causes (2)

Les pontifes avaient été pendant fort longtemps les maîtres absolus du droit. On a pu s'en convaincre par ce que nous avons dit précédemment ; mais leur influence déclina assez rapidement, grâce à diverses causes à l'étude desquelles nous arrivons maintenant.

La première et non la moins sérieuse fut une cause générale qui sapa les bases de l'autorité pontificale avec autant de force qu'elle transforma les mœurs romaines tout entières. Nous voulons parler du discrédit dans lequel tombèrent peu à peu la religion et les institutions anciennes sous l'influence de nouveaux principes philosophiques et religieux. Nous sommes à l'époque où les

(1) Varron. — *De ling. lat.*, liv. VI, § 29 : « *Dies fasti per quos prætoribus omnia verba sine piaculo licet fari.* — § 30. *Dies nefasti per quos dies nefas fari prætorem do — dico — addico. Itaque non potest agi : necesse enim aliquo eorum uti verbo, cum lege quid peragitur* — § 53 ; *Hinc fasti dies quibus verba certa legitima sine piaculo prætoribus licet fari. Ab hoc nefasti quibus diebus ea fari jus non est, et si fati sunt, piaculum faciunt.* »

(2) V. Bouché-Leclercq. *Les pontifes de l'ancienne Rome*, page 212 et suivantes.

jeunes romains qui se respectent vont terminer leurs études en Grèce. De retour à Rome ils propagent les idées qu'ils ont puisées dans la philosophie grecque et des divinités nouvelles viennent à leur suite faire concurrence aux dieux de l'ancienne Rome. Les unes et les autres sont accueillies avec faveur.

C'est vers le milieu du III^e siècle avant J.-C., que s'introduisirent à Rome les superstitions étrangères et particulièrement celles de la Grèce ; de nouvelles doctrines religieuses arrivèrent non-seulement de ce pays, mais aussi de Phrygie, de Cappadoce, de Syrie, de Carthage ; les cultes égyptiens allaient jouir d'une grande vogue. On vit même un système complet de religion pénétrer en Italie par le port d'Ostie, le culte de Bacchus avec ses fêtes, les Bacchanales, qui donnèrent lieu à des désordres si grands que la sûreté de l'Etat en fut un instant menacée. Une répression terrible s'en suivit qui coûta la vie à plusieurs milliers de personnes.

La philosophie acheva de détruire le peu qui restait de l'ancienne religion. L'Epicurisme en particulier, mal compris des Romains qui n'y voyaient qu'un prétexte pour légitimer tous leurs débordements vint après les victoires d'Emile sur Persée hâter la décadence de la religion. Lucrèce prêchait avec enthousiasme la morale d'Epicure et il accusa les anciens dieux de tous les malheurs de sa patrie. L'athéisme devint à la mode.

Comment s'étonner que le droit ait subi le contre-coup de transformations aussi importantes, puisqu'il était empreint lui-même d'un caractère religieux indubitable ? Peu à peu il deviendra purement civil et dès lors les pontifes ne seront plus qualifiés pour en faire leur apnage exclusif.

Il ne faudrait pas croire cependant que l'influence pontificale ait disparu tout-à-coup ; ce serait méconnaître l'esprit romain, trop fortement attaché aux enseignements du passé pour y renoncer d'un jour à l'autre. La transition eut lieu presque insensiblement. On pourrait croire que la période de cent années environ, pendant laquelle, selon Pomponius, l'autorité des pontifes fut absolue, commençant après la loi des XII Tables, en 303, et l'établissement de la préture étant de 387, on pourrait croire disons nous, que ce fut la préture qui mit fin à l'influence pontificale. Ce serait une erreur. Il est probable en effet qu'à l'origine le préteur n'eut d'autres attributions que de concourir à l'administration de la justice réservée jusqu'à ce moment exclusivement aux consuls. De plus, au milieu du siècle suivant, Tite-Live (1) rapporte, en faisant l'histoire des formules de Cn. Flavius, qu'il y avait un *jus civile repositum in penetralibus pontificum*, et au commencement du VI^e siècle, on cite comme un fait remarquable que le premier Pontifex Maximus sorti de la plèbe *Tiberius Coruncanius*, ait admis à son enseignement du droit tous ceux qui désiraient se consacrer à cette science. Il faut donc supposer que pendant un certain temps le *jus civile* et le *jus pontificum* ont vécu l'un auprès de l'autre en bonne harmonie.

La seconde cause réside dans ce fait que le droit empreint jusqu'alors d'un caractère occulte, grâce aux pontifes qui en étaient les gardiens jaloux et intéressés, fut mis au grand jour par la publication qui en fut faite vers le milieu du V^e siècle. Voici dans quelles circons-

(1) Tite-Live. — *Hist.* IX, 46.

tances se produisit cet évènement, le plus important dans l'histoire du droit privé après la publication de la loi des XII Tables. Un patricien, jurisconsulte éminent, paraît-il, Appius Claudius Cœcus, avait des idées très larges et chose fort rare, était dévoué à la plèbe. Il voulut humilier l'aristocratie qui seule à cette époque possédait le secret du droit (les patriciens étaient seuls admis à la dignité pontificale) et il employa le moyen suivant. Il recueillit en suivant les audiences ce qui résultait des *responsa* données par les pontifes. Il put alors composer une collection des formules relatives aux actions et dresser une liste des *dies fasti* et des *dies nefasti* qui fut affichée au *forum*. Puis il fit publier le résultat de ses constatations par un de ses scribes Cnœus Flavius, fils de l'un de ses affranchis (1). On a prétendu il est vrai que cette publication avait eu lieu contre son gré et que son recueil lui aurait été dérobé par Flavius. Il est probable au contraire que le fait d'avoir fait publier par un tiers n'était qu'un artifice de la part d'Appius Claudius, artifice destiné à le préserver de la rancune de ses égaux. Quoi qu'il en soit, les pontifes durent se résigner à leur malheur et le peuple affranchi de leur tyrannie témoigna à Flavius sa reconnaissance en lui conférant en 304 l'édilité curule. L'aristocratie essaya bien de protester, mais le peuple était le plus fort et lorsque le Pontifex Maximus Cornelius

(1) *Civile jus repositum in penetralibus pontificum evulgavit fastosque circa forum in albo proposuit, ut quando lege agi posset, sciretur.* — Tite-Live, *Hist. Liv. IX*, 46.

Jus civile per multa sæcula inter sacra cærimoniasque deorum immortalium solisque pontificibus notum Cn. Flavius evulgavit. — Val. Max., *Des faits et des paroles mémorables*, *Liv. II*, ch. V, § 2.

Barbatus refusa son ministère à l'édile pour la consécration du temple de la Concorde, il le força à lui dicter la formule. Le recueil de Flavius pris le nom de *Jus Flavianum* (1).

Les jurisconsultes jouissaient d'une grande considération ; elle ne fit que s'accroître encore quand la profession de jurisconsulte devint absolument libre grâce à la publication faite par Appius Claudius. Les plébéiens purent connaître le droit qui de mystérieux qu'il était devint une science accessible à tous.

Ce changement se fit au moment de l'avènement d'un plébéien à la dignité de Pontifex Maximus. Vers la fin du V^e siècle de Rome, Tiberius Coruncanius qui « *ex pontificum commentariis longe plurimum ingenio valuisse videatur* » (2) fit ce que nul n'avait osé faire avant lui ; il enseigna le droit. Pomponius nous le dit : « *Juris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt..... Et quidem ex omnibus qui scientiam nacti sunt ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur* » (3). L'enseignement allait achever ce qu'avait commencé la publication.

Il ne faudrait pas croire cependant qu'il y eut là un véritable enseignement au sens propre du mot. Le droit n'était pas professé. Pothier dit fort bien ce qu'était cet enseignement public dont parle Pomponius : « *Is « Coruncanius florere cœpit circa annum 407 U. C. « Plures post eum ejus exemplum secuti. Jus civile « publice professi sunt, id est admiserunt discipulos*

(1) Voir sur ces faits : Pomp. 1, 2, 2, § 7, *Dig.* — Cicéron, *De orat.*, Liv. I, § 41. — Cicéron, *Pro Murena*, § 11.

(2) Cicéron, *Brutus*, 14, 15.

(3) Loi 2, § 35, *Dig.* 1, 2. *De orig. juris.*

« *qui dum ipsi consultatoribus responderent, notarent
« ipsorum responsa, rationemque tradendi et inter-
« pretandi juris : Et sic una opera et consultatoribus
« respondebant, et hos discipulos edocebant* » (1).

Le jurisconsulte ne faisait donc pas un véritable enseignement ; il se contentait d'admettre à ses consultations des jeunes gens désireux d'apprendre la science du droit et ceux-ci prenaient note des réponses qu'il faisait à ses clients. Il est probable aussi que de très bonne heure ils purent lui demander des explications sur des points qui n'avaient pas été touchés au cours de la réponse.

Si peu qu'ait été ce mode d'apprendre le droit un véritable enseignement, il n'en est pas moins vrai que c'était un moyen puissant de vulgarisation. Plus tard, il y eut un enseignement véritable auquel s'adonnèrent les jurisconsultes les plus éminents (2) ; il se fonda de vraies écoles, *stationes* ou *scholæ* ; les plus connues sont celles des Sabinien et des Proculien.

Non-seulement le droit fut enseigné, mais il y eut des publications de livres et beaucoup de ces livres étaient destinés uniquement à la vulgarisation du droit. Ainsi, Sextus Ælius Petrus Catus, consul en 556, publia les *Tripertita* ou *Jus Ælianum* qui contenait les XII Tables, son interprétation article par article et les *legis actiones* ; citons encore Licinianus dont Aulu-Gelle dit qu'il laissa : « *Egregii de juris disciplina libri* (3). Q. M. Scævola, Grand-Pontife, consul en 659, laissa aussi un ouvrage en

(1) Pothier. — *Pandectæ* : Note 40 sur § 35. Liv. I. Tit. 2. *De orig. juris*.

(2) *Jus civile docere semper pulchrum fuit, hominumque clarissimorum discipulis floruerunt domus*. — Cicéron, *De orat.* 41-42.

(3) Aulu-Gelle. — *Nuits Att.* 13-19.

18 livres sur le *jus* civile. Servius Sulpicius Rufus, consul en 703, publia 80 livres. Le mouvement ne fit que s'accroître aux derniers jours de la République et sous l'Empire ; il serait trop long de citer ici le nom des auteurs, même les plus connus, ayant laissé des ouvrages divers, et à plus forte raison ces ouvrages eux-mêmes.

Il est encore un fait qui eut certainement une influence sur la laïcisation du droit et la décadence de l'autorité pontificale et dont il importe de ne pas négliger la mention ; c'est l'introduction de plébéiens comme membres du collège des pontifes. Ce fait se produisit en 452 (1) et fut l'œuvre de la loi Ogulnia, laquelle décidait que dorénavant le collège devait être composé pour moitié de membres issus de la plèbe. Il n'est pas douteux que ceux-ci durent chercher à divulguer les secrets qu'ils allaient enfin pouvoir connaître et à faire profiter de cette connaissance ceux auxquels elle aurait été si nécessaire depuis longtemps.

Le droit pontifical était donc en pleine décadence et, comme conséquence fatale, le caractère laïque du droit grandit de jour en jour. A côté de toutes les institutions revêtues d'un caractère religieux que nous avons examinées dans notre chapitre deuxième vinrent s'en établir d'autres purement civiles qui les supplantèrent bientôt complètement.

Après du mariage religieux par *confarreatio* il y eut pour les plébéiens la *coemptio*, mode de mariage absolument laïque, qui consistait dans la vente fictive de la femme faite au mari par les parents dont elle dépendait.

(1) Deux ans après la publication de Cn. Flavius.

Bien plus, dès le temps de la loi des XII Tables, on put se passer de cérémonies quelles qu'elles fussent, le simple consentement accompagné de la possession d'état suffisait pour la validité des unions. Les patriciens, témoins de ces libres allures des plébéiens les imitèrent et se dégagèrent peu à peu du joug des pontifes. Aussi ceux-ci, afin de ne pas compromettre leur influence par trop d'entêtement, furent-ils obligés de reconnaître à la *cœmptio* le pouvoir d'opérer la *communio sacrorum*. Le nombre des mariages par *confarreatio* se restreignit de plus en plus; les pontifes eux-mêmes s'en affranchirent, et seul le flamme de Jupiter dut se conformer aux anciens usages. Le résultat de ce relâchement ne se fit pas attendre. Bientôt il fut presque impossible de trouver assez de citoyens issus d'unions *per confarreationem* pour pourvoir au service des autels. De là vint la nécessité de supprimer cette règle surannée d'après laquelle, pour être admis au sacerdoce, il était nécessaire d'être né de parents mariés *per confarreationem*. Réserve était faite seulement pour les grands Flamines et pour le *Rex Sacrorum*.

La constatation des filiations devint aussi elle-même un fait purement civil. Marc-Aurèle publia en effet une constitution d'après laquelle il ordonnait que dorénavant à Rome et dans les provinces il serait tenu par des magistrats déterminés des registres publics sur lesquels on inscrirait dans les trente jours de leur naissance le nom des enfants de condition libre.

L'adoption s'implanta fortement à côté de l'adrogation et celle-ci même perdit son caractère originel lorsque des patriciens ambitieux inventèrent la *transitio ad plebem* pour arriver au tribunat.

Quant aux testaments, on perdit l'habitude de les faire devant les comices assemblés (*calatis comitiis*). On testa, soit devant le peuple en armes (*testamentum in procinctu*), soit d'une façon purement privée, *per aes et libram*. On alla même plus loin. On chercha par tous les moyens possibles à se débarrasser des *sacra* dont l'entretien paraissait être un fardeau insupportable : « Les ressources de la casuistique la plus subtile furent employées à éluder le grand principe de la transmission des *sacra privata*, par la transmission de la propriété. L'expression « *sine sacris hereditas* » devint synonyme de bonheur sans mélange (1). »

Citons les principaux moyens employés par les héritiers et les légataires pour se soustraire à l'entretien des *sacra*. Le légataire abandonnait par exemple son legs à l'héritier qui, suivant une stipulation convenue entre eux, lui en remboursait la valeur. Ou bien l'héritier se substituait par une cession simulée un vieillard célibataire ou sans enfants qui se chargeait moyennant une rémunération de l'entretien des *sacra*, lesquels disparaissaient avec lui (2). Ou bien encore on chargeait des *sacra* un esclave que l'on affranchissait uniquement dans ce but (*manumissio sacrorum causa*). C'était là les principaux moyens. Il y en avait une foule d'autres qu'il serait trop long d'énumérer ici.

En ce qui concerne la propriété, la *mancipatio* et le *sacramentum* disparurent graduellement. La *mancipatio* fut remplacée par la *traditio* avec *justa causa*, et

(1) Bouché-Leclercq. — *Les pontifes de l'ancienne Rome*, p. 216.

(2) Cic. — *Pro Murena*, 12.

la *legis actio sacramenti* fut supplantée par l'usage de procéder en justice *per formulam*.

La *sponsio*, forme religieuse de s'obliger, perdit rapidement, à raison même de son caractère, toute son importance et fut remplacée par la *stipulatio* qui créait entre les contractants un *vinculum juris*, lien purement civil. Elle était sanctionnée par la *condictio* et non par une peine religieuse comme l'*exsecratio*.

Quant au pouvoir arbitraire qu'avait eu le collège des pontifes sur la confection du calendrier, il fut annihilé du jour où Flavius publia les *Fastes*.

Peu à peu donc, les pontifes se virent enlever les instruments de domination dont ils avaient peut-être un peu trop abusé. Avant le dernier état du droit, aux temps classiques, ils n'étaient plus que l'ombre d'eux-mêmes, et il ne leur restait guère pour se consoler que le souvenir de leur grandeur. C'était beaucoup si l'on considère le rôle qu'ils ont joué dans l'histoire du droit privé à Rome.

DROIT FRANÇAIS

DROIT FRANÇAIS

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU, Cours de droit civil. Tome I.
BOITARD, COLMET DAAGE et GLASSON, Leçons de procédure civile, Paris 1885.
BONGENNE, Théorie de la procédure civile. Paris 1837-1847.
BOUVIER, Article paru dans la *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*. 1894.
CARRÉ, Traité des lois sur l'organisation judiciaire et la compétence des juridictions civiles. T. II.
DALLOZ, Répertoire alphabétique. V^o Ministère public.
DEBACQ, De l'action du Ministère public en matière civile. Paris 1882.
DEMANTE, Cours analytique de Code civil. T. I.
DEMOLOMBE, De l'absence.
DUVERGIER sur TOULLIER, T. I.
FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. T. IX.

- GARSONNET,** Cours de procédure.
LAFONTAINE, Article paru dans la *Revue critique de Jurisprudence*. T. XX.
LAURENT, Principes de droit civil. Paris-Bruxelles. 1869-1878.
LOCRÉ, La Législation civile, commerciale et criminelle de la France. T. I et IV.
MASSABIAU, Manuel du Procureur du Roi.
MERLIN, Répertoire de jurisprudence. T. XIX.
MERVILLE, Article paru dans la *Revue de Droit français et étranger*. T. III.
NÈGRE, Rôle du Ministère public en matière civile. Thèse pour le doctorat. Paris 1887.
ORTOLAN et LEDEAU, Le Ministère public en France. T. I.
PÉRIER, Article paru dans la *Revue critique de Jurisprudence*. T. XXVIII.
RENAULT, Article paru dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence*. T. VI. Année 1876.
ROUSSEAU et LAISNEY, Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile. V^o Ministère public.
SHEUCK, Traité sur le Ministère public. T. I.
-

DES
ATTRIBUTIONS
DU
MINISTÈRE PUBLIC
EN MATIÈRE CIVILE

INTRODUCTION

Définition du Ministère public

La première question à laquelle nous ayons à répondre doit être, il nous semble, celle de savoir ce que c'est au juste que le Ministère public, et pour bien le comprendre, il faut se rendre compte de la nature des intérêts divers qui, dans toute société, doivent être protégés et sauvegardés.

Ces intérêts sont de deux sortes :

Il y a des intérêts privés.

Il y a des intérêts d'ordre général ou public.

Les intérêts privés, ainsi que l'indique leur nom, ne se rapportent qu'aux individus. La lésion qui peut les atteindre dans une mesure plus ou moins étendue n'affecte qu'eux seuls : l'ordre général de la société n'en souffre pas.

C'est ainsi par exemple que le refus par un individu d'exécuter une obligation qu'il a contractée ne porte en général préjudice qu'à celui envers lequel cette obligation a été prise.

Les intérêts d'ordre public, au contraire, sont ceux qui se rapportent à l'organisation ou à la conservation de la société elle-même. Tout fait portant, de près ou de loin, une atteinte à ces intérêts généraux est de nature à ébranler l'ordre social et doit être soigneusement réprimé.

On comprend d'après cette distinction que des règles différentes doivent être posées pour sauvegarder cette double catégorie d'intérêts.

La surveillance et la protection des intérêts privés peuvent sans inconvénient être confiées aux individus que ces intérêts concernent d'une façon spéciale ; chacun veille en effet attentivement à la conservation de ses droits, toute atteinte qui leur est portée ayant pour conséquence une diminution dans le patrimoine et dans la personnalité.

Il en est différemment des intérêts d'ordre public. Ils concernent tout le monde ; mais le plus souvent ils ne se rapportent d'une façon spéciale à aucun individu. Dans ces conditions, l'initiative privée sera certainement

insuffisante pour assurer la protection de cette nature d'intérêts, car l'absence de préjudice direct et personnel aurait le plus souvent pour conséquence une indifférence fâcheuse, chacun s'abstenant pour éviter d'assumer une responsabilité. Si un semblable état de choses se perpétuait la société ne tarderait pas à se désagréger et lorsque cette désagrégation se manifesterait, menaçant d'engloutir les intérêts privés eux-mêmes, il serait souvent trop tard pour y remédier.

De là la nécessité d'une institution, en quelque sorte impersonnelle, chargée de veiller à la conservation des intérêts publics et sociaux, de prévenir ou de réprimer toute atteinte à ces intérêts.

Cette institution *c'est le Ministère public.*

Ces observations permettent de le définir d'une manière précise, d'indiquer quel est son rôle, quelles sont ses attributions.

C'est une fonction qui embrasse tous les objets se rapportant de près ou de loin à l'ordre général de la société. Il représente la société, il agit en son nom, et sa vigilance s'étend à tout ce qui constitue l'organisation ou assure la marche régulière des forces sociales.

Ainsi, le ministère public veille à la conservation des droits appartenant soit à l'Etat, soit à des individus réputés incapables, inhabiles à se protéger eux-mêmes et placés dès lors sous la protection de la Société toute entière.

Telle est l'institution du ministère public, tel est son rôle général.

Si nous voulions nous rendre compte des fonctions du ministère public dans leur ensemble, il nous faudrait examiner le rôle de cette magistrature devant les

tribunaux répressifs d'abord, puis devant les juridictions civiles ; mais notre tâche ne sera pas aussi vaste et nous nous attacherons uniquement à la recherche des devoirs que les membres du ministère public ont à remplir en matière civile.

Dans notre premier chapitre, nous rechercherons rapidement quelle est l'origine du ministère public, comment est réglementée son organisation, quels sont ses caractères et comment se manifeste son intervention en justice. Puis nous examinerons dans quels cas le ministère public agit comme partie principale et nous nous demanderons quelle interprétation il convient de donner à l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, objet de longues controverses. Ce sera le sujet de notre second chapitre. Nous consacrerons notre troisième chapitre à l'étude des cas dans lesquels le ministère public agit comme partie jointe et dans un quatrième chapitre nous verrons quelles sont les attributions du ministère public, qu'il agisse comme partie principale, comme partie jointe ou qu'il soit désintéressé. Enfin, dans un chapitre cinquième, nous dirons quelques mots de son rôle lorsqu'un tribunal civil statue commercialement.

CHAPITRE I

SECTION I

Origine du ministère public

On pourrait croire, étant donné son caractère d'utilité indubitable, que l'institution du ministère public a

toujours existé. Il n'en est cependant pas ainsi. Dans les législations anciennes, comme du reste dans un certain nombre de législations modernes, on ne trouve rien qui s'en rapproche.

Le Ministère public est né en France.

Si l'on se réfère aux deux législations anciennes les plus complètes, on ne rencontre ni dans l'une ni dans l'autre, à l'état d'institution, le Ministère public.

A Athènes, le droit de poursuivre appartenait aux personnes qui avaient éprouvé une lésion à la suite des délits ; pour certains crimes publics, d'un caractère général, le droit de poursuite pouvait être exercé par tous les citoyens sans exception, mais aucun magistrat ne paraît avoir été investi de fonctions spéciales à cet égard.

A Rome, le principe était le même. Le droit de poursuivre les crimes publics était réservé à l'origine aux citoyens. Il y avait là une sorte de participation au pouvoir public (*Inst.* liv. IV, tit. XVIII, § 1). Plus tard, ce droit fut étendu à des personnes réputées viles et incapables, aux femmes, aux esclaves, notamment en ce qui concernait les crimes de lèse-majesté.

On a fait cependant observer qu'il y eut à une certaine époque des magistrats chargés de procéder aux instructions en matière de crimes et d'assurer l'arrestation des coupables. C'est possible, mais de là à l'institution d'un Ministère public proprement dit, il y a loin. On a voulu aussi trouver une analogie entre les « *procuratores Caesaris* » et notre magistrature actuelle. Or, ces procureurs étaient chargés de veiller aux intérêts et à l'administration des biens composant le patrimoine privé de l'empereur (Loi 1, § 1, liv. I,

tit. XIX, *Dig.*) ; ce n'étaient donc que des agents d'affaires.

Nous ne nous arrêterons pas aux « *defensores civitatum* » chargés de défendre les intérêts des plébéiens, car leur ressort était trop exigü et de plus ils se corrompirent rapidement ; nous laisserons aussi de côté la législation barbare, dans laquelle le système de la vengeance privée était en honneur, pour arriver à la France.

Il ne semble pas qu'il soit possible de faire remonter l'origine du Ministère public au-delà du XIV^e siècle. Avant cette époque, le Roi délguait des avocats pour le représenter spécialement dans chaque affaire où son intérêt était en jeu ; peu à peu ces délégations perdirent leur caractère temporaire pour devenir des charges permanentes et l'on s'explique aisément cette transformation par le besoin que sentit à cette époque le pouvoir royal d'avoir auprès de lui des auxiliaires pour combattre la féodalité et les juridictions ecclésiastiques.

Ce qui est certain, c'est que l'on trouve pour la première fois le nom de Procureur du Roi dans une ordonnance de 1302. En 1303, on cite des avocats du Roi. Puis des lettres royales de 1358 attestent qu'il y avait à cette époque des avocats généraux chargés de donner leur avis sur les affaires portées devant les Parlements. L'institution du Ministère public paraît donc avoir été définitivement fondée à cette époque.

SECTION II

Organisation du Ministère public

Avant 1789, et conformément aux dispositions des ordonnances de 1667 et 1670, il y avait devant les juridictions supérieures un Procureur Général, des Avocats généraux, deux ordinairement, quelquefois trois, et des Substituts du Procureur Général. Dans les sièges inférieurs, les fonctions de Ministère public étaient remplies par un Procureur du Roi et un Avocat du Roi. Le Procureur du Roi d'un baillage prenait le titre de Substitut du Procureur Général. Tous les tribunaux d'attributions avaient un Ministère public. Seuls, le Tribunal des maréchaux de France et la juridiction consulaire n'en possédaient pas.

Lors de la Révolution, l'assemblée constituante supprima les parlements qui furent remplacés par les tribunaux de district. Le Ministère public subsista avec ses anciennes attributions au civil, mais au criminel l'initiative des poursuites passa aux juges de paix et aux officiers de gendarmerie. Les membres du Ministère public prirent le titre de commissaires du Roi.

Aujourd'hui, l'institution du Ministère public est règlementée par la loi du 20 avril 1810. Aux termes de l'art. 6 de cette loi, il y a auprès de chaque Cour d'appel un Procureur Général, chef du Ministère public dans le ressort de la Cour, puis des avocats généraux et des substituts qui exercent leurs pouvoirs comme ses délégués. La même loi dans ses art. 6 et 43 institue un Procureur auprès de chaque Tribunal de première instance

et des substituts en nombre variable. Enfin, près de la Cour de cassation se trouvent un Procureur Général et des avocats généraux.

Une loi du 30 août 1883 a réduit le personnel des cours et tribunaux.

Le Ministère public n'existe auprès des justices de paix qu'en matière pénale ; il n'existe pas auprès des tribunaux de commerce.

SECTION III

Règles générales qui régissent l'action du Ministère public

Elles se rapportent à trois objets :

1^o Unité du Ministère public.

2^o Indivisibilité du Ministère public.

3^o Indépendance du Ministère public.

§ 1. — Unité du Ministère public

Pendant tout le cours du droit intermédiaire l'unité du Ministère public n'existait pas. Il n'y avait entre ses membres ni lien, ni cohésion.

Il en est autrement depuis les lois du 20 avril et du 6 juillet 1810.

Aujourd'hui le Ministère public est un, c'est-à-dire qu'il forme un seul être moral et que les magistrats qui le constituent relèvent les uns des autres par un lien hiérarchique. En effet, le Garde des Sceaux a sous sa surveillance les Procureurs Généraux des Cours d'appel et le Procureur Général de la Cour de cassation. Les

Procureurs Généraux des Cours d'appel ont eux-mêmes la surveillance de tous les représentants du Ministère public dans leur ressort et c'est surtout cette plénitude d'action et de direction qui leur est attribuée qui constitue ce que l'on appelle l'unité du Ministère public. On ne saurait trop approuver cette unité qui procure une protection efficace à la société, assurée que la punition des crimes sera certaine et que l'application exacte des lois civiles sera maintenue en tous lieux.

§ 2. — Indivisibilité du Ministère public

Le Ministère public est indivisible. Cela ne signifie pas que les actes ou les paroles d'un officier du parquet enchaînent et lient d'une façon absolue tous les magistrats du ministère public.

Entendre ainsi le principe ne serait pas exact. Il est en effet certain qu'il n'y a à ce point de vue aucune indivisibilité entre les membres du Ministère public. Le Ministère public est indivisible en ce sens que l'officier du parquet quand il agit ou parle, est présumé agir ou parler au nom du parquet tout entier.

Le principe ainsi compris reçoit de nombreuses et utiles applications. Ainsi, dans le cours d'une même affaire, soit civile, soit criminelle, il n'est pas nécessaire que tous les actes soient signés par le même officier du parquet. Tous les membres du parquet peuvent se suppléer les uns les autres ; ils peuvent ou signer successivement les divers actes de la procédure ou siéger successivement dans une même affaire. (Cass. 10 mai 75. Dall. 76-1-450). De même les officiers du Ministère public sont indivisibles en ce sens qu'ils se représentent les uns

les autres sans qu'il soit nécessaire de produire un mandat; ce mandat réciproque est présumé. Ainsi le Substitut représente le Procureur de la République, l'Avocat général représente le Procureur général; il signe les actes en son nom, sans mandat spécial. Il y a présomption légale de l'existence du mandat.

§ 3. — Indépendance du Ministère public

Sauf certains cas exceptionnels, le Ministère public est libre d'agir ou de ne pas agir, d'intenter ou de ne pas intenter l'action publique. Il ne relève à ce point de vue que de sa conscience.

Il ne peut être blâmé par les cours ou tribunaux qui peuvent seulement adresser une plainte au Procureur général « attendu qu'aux termes de l'article 60 de la loi « du 20 avril 1810, les officiers du Ministère public sont « placés sous la seule autorité des Procureurs Généraux « et du Ministère de la justice et qu'en aucun cas il « n'appartient aux cours et tribunaux sous peine de violer « le principe d'ordre public sur la séparation des pouvoirs, de critiquer ou de censurer un membre du « Ministère public au sujet d'un acte qu'il a accompli « dans l'exercice de ses fonctions etc. » (Cass. 5 déc. 79, Syrey 80-1-93).

Les particuliers ne peuvent adresser ni injonctions ni censures aux officiers de Ministère public.

La règle, que le Ministère public ne peut être forcé d'agir souffre certaines exceptions, soit en matière criminelle, soit en matière civile. Nous ne nous étendrons pas sur les exceptions en matière criminelle qui sont

prévues par l'article 11 de loi du 20 avril 1810 et l'article 235 du Code d'instruction criminelle.

En matière civile, il y a des cas où les magistrats du parquet sont tenus de faire acte de leur Ministère. En matière domaniale par exemple, lorsque le Ministère public est requis par le Préfet, il ne peut s'y refuser. Nous aurons à revenir sur cette procédure spéciale. Indiquons seulement ici qu'en ce cas le magistrat du parquet doit lire et présenter au tribunal les mémoires qui lui sont transmis, au nom de l'Etat, par le Préfet, (art. 4 de la loi du 17 frimaire an VI. Arrêté du 4 thermidor an IV). De même en matière de conflits, le Ministère public saisi par le Préfet du déclinaire de compétence ou de l'arrêté de conflit, ne peut se refuser à les présenter au tribunal. Nous aurons également à revenir sur cette matière. L'indépendance du magistrat ne reçoit toutefois dans ces deux cas, qu'une atteinte relative. Après avoir, au nom de l'Etat, pris qualité, après avoir présenté les déclinaires ou arrêtés de conflit, il reprend sa liberté d'appréciation personnelle sur le fond du litige et peut présenter à cet égard telles observations que lui suggéreront sa conscience et l'étude de l'affaire.

Deux autres cas sont aussi prévus par les articles 200 et 491 du Code civil.

Il peut se présenter des causes importantes dans lesquelles les avocats généraux devront communiquer au Procureur Général les conclusions qu'ils se proposent de donner ; c'est ce que décide l'article 48 du décret du 6 juillet 1810. Or, le Procureur Général et l'Avocat général peuvent fort bien ne pas être d'accord. Comment trancher le différend ? L'affaire sera portée devant l'assemblée générale du Parquet et l'avis qu'elle adop-

tera à la majorité des voix sera celui qui devra être exprimé dans les conclusions. Néanmoins, le Procureur, dans le cas où son opinion n'aurait pas prévalu, pourra toujours prendre lui-même la parole à l'audience, et conclure suivant ses vues, mais c'est là un droit dont il usera rarement.

Les officiers du Ministère public sont nommés par décret du Président de la République et sont essentiellement révocables. Cette amovibilité a été très critiquée ; on lui a reproché de mettre les officiers du Ministère public dans l'alternative de se démettre de leurs fonctions s'ils désapprouvent l'ordre qui leur est donné ou s'ils obéissent passivement, de n'être que le bras servile du gouvernement. Cette critique nous paraît absolument juste et on nous permettra de citer à ce propos les paroles de MM. Ortolan et Ledeau : « Dira-t-on qu'il « serait absurde qu'ils pussent refuser d'exécuter les « ordres qu'ils reçoivent, qu'ils doivent obéir ou déposer « leur charge si leur conscience se refuse à l'obéissance ? Quelle déplorable conséquence que celle qui « conduit à dépouiller de sa toge le véritable magistrat, « l'homme de la loi, pour en revêtir l'agent docile, « l'homme du pouvoir. » (Ortolan et Ledeau. *Le Ministère public en France*, page 69).

SECTION IV

Comment se manifeste l'intervention du Ministère public en justice ?

Le Ministère public intervient soit comme partie principale, et alors il agit par voie d'action, soit comme

partie jointe, et dans ce cas il intervient dans un procès déjà en cours ; on dit alors qu'il agit par voie de réquisition. Des différences existent entre ces deux moyens que peut employer le Ministère public. Nous allons en dire brièvement quelques mots.

Lorsque le Ministère public agit par voie d'action, il parle le premier, il peut interjeter appel de la décision intervenue, et au cas de rejet de sa demande, se pourvoir en cassation. Tous les moyens qui lui semblent dictés par l'intérêt public peuvent être invoqués par lui. Enfin, sa présence est nécessaire aux expertises, descentes sur les lieux, en résumé à toutes les opérations judiciaires qui sont ordonnées.

Agit-il par voie de réquisition ? Il parlera le dernier : les parties ne pourront répliquer, et leur seule ressource sera de faire passer au président du Tribunal une note écrite (art. 87, décret du 30 mars 1808). N'étant que partie jointe, il ne saurait jamais être considéré comme ayant succombé dans un procès. Aussi, la voie de l'appel et du pourvoi en Cassation lui sont-elles interdites. De même, il ne pourra modifier les conclusions prises par les parties et son rôle se réduira à soutenir les prétentions de l'une d'elles. Enfin, d'après l'article 300 du Code de procédure civile, sa présence n'est pas nécessaire dans les opérations judiciaires pour lesquelles elle est requise quand il agit comme partie principale.

Ajoutons que, d'après l'article 381 du même Code, le Ministère public peut être récusé par les parties quand il agit comme partie jointe alors que ce droit leur est dénié quand il agit comme partie principale.

Nous allons bientôt voir en détail les cas dans lesquels le Ministère public agit par voie d'action et par voie de

réquisition. Faisons cependant remarquer dès maintenant que le second mode d'intervention forme la règle générale, car dans toutes les causes les membres du Parquet peuvent conclure et même, dans les causes dites « sujettes à communication », cette faculté se change en une obligation. Or, celle-ci se

CHAPITRE II

Cas dans lesquels le Ministère public agit comme partie principale

Ces cas forment deux catégories distinctes.

Le Ministère public, comme partie principale, agit en effet tantôt par voie d'action proprement dite, tantôt par voie de simple requête. Le débat dans le premier cas est contradictoire entre le Ministère public et une partie adverse. Il y a véritablement procès. Dans le second cas, au contraire, le Ministère public agit seul sans adversaire déterminé. Le tribunal peut sans doute, malgré cette absence de contradiction, ne pas admettre et rejeter la requête qui lui est présentée, mais il n'y a pas de débat proprement dit.

Nous nous occuperons successivement de ces deux catégories d'actions.

§ I. — Des cas dans lesquels le Ministère public agit comme partie principale, par voie d'action proprement dite

A — Quels sont ces cas ?

B — Quelle doit être la procédure suivie par le ministère public ?

C — Quelles sont les voies de recours ouvertes au ministère public contre les jugements rendus en cette matière ?

Telles sont les questions auxquelles nous aurons à répondre au cours de ce paragraphe.

A — *Quels sont les cas dans lesquels le Ministère public, comme partie principale, agit par voie d'action proprement dite ?*

Ces cas sont pour la plupart spécifiés par la loi.

Nous les indiquerons tout à l'heure.

Mais avant d'aborder cet examen, il est une question préliminaire qui doit être posée et résolue.

Le Ministère public ne peut-il agir par voie d'action principale que dans les cas où cette faculté lui est attribuée par une loi positive et formelle ?

Plusieurs opinions se sont fait jour, et la raison des divergences vient de l'ambiguïté de la rédaction de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, siège de la matière, et qui est ainsi conçu : « En matière civile, le Ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi ; il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements ; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. »

Il semble qu'il y ait désaccord entre les deux parties de ce texte, puisque dans la première il est dit que le Ministère public ne peut agir d'office que dans les cas spécifiés par la loi et que d'autre part dans la seconde nous lisons qu'il poursuit l'exécution des lois dans les dispositions intéressant l'ordre public, ce qui semble bien nécessiter l'introduction d'une instance.

Trois systèmes ont pris naissance.

Le premier soutient une thèse tendant à restreindre l'action du Ministère public ; il s'en tient au début du texte : « En matière civile, le Ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi », et refuse aux magistrats du parquet le droit d'intervention, si ce n'est par voie de réquisition, au défaut de ce cas spécifié. La seconde thèse, extensive, s'appuyant sur la seconde phrase de l'article, n'admet l'application rigoureuse de la règle qu'autant qu'il n'y a pas en jeu un intérêt d'ordre public. Enfin, un système intermédiaire soutient que le droit du Ministère public au civil, ne serait pas exclusivement limité aux cas prévus par la loi, mais qu'il serait alors subordonné à la condition que son action fut commandée par un intérêt d'ordre public actuellement mis en péril et dont la défense nécessiterait son intervention.

Les deux premiers systèmes sont de beaucoup les plus importants. Nous dirons quelques mots seulement du troisième à la fin de notre discussion.

Disons dès maintenant que nous sommes partisans de la thèse extensive, mais avant d'exposer les arguments théoriques qui militent en sa faveur, passons rapidement en revue les documents législatifs relatifs à la disposition qui nous occupe.

Ancien droit. — L'autorisation donnée au Ministère public de se porter partie principale toutes les fois que l'ordre public était intéressé nous paraît d'abord résulter du texte suivant extrait d'une ordonnance de 1319 :
« *Proeterea nolumus, imo expresse prohibemus pro-*
« *curatoribus nostris ne ipsi in causis quibuscumque*
« *apponant se aut partem facere præsument nisi de*

« *patrimonio aut alio jure nostro sine fraude agatur,*
« *vel jus publicum requirat, vel nisi alias cognita*
« *causa a nobis vel a senecialo habeant specialiter in*
« *mandatis* ».

C'est bien là, il nous semble, la consécration du droit d'action toutes les fois que le *jus publicum*, l'ordre public, est intéressé. Il est vrai que les adversaires de la théorie extensive se sont aussi emparés de ce texte, et ont traduit « *jus publicum* » par droit public, mais il nous paraît peu probable, étant donné la date de l'ordonnance, que son rédacteur ait eu en vue le droit public.

Nos adversaires nous citeront aussi, pour contester l'existence du droit d'action, des ordonnances de 1340 et de 1493 qui paraissent leur donner raison ; mais nous croyons pouvoir leur opposer victorieusement l'article 14, tit. XX, de l'ordonnance de 1667 dont on nous permettra d'exposer les termes : « Si les registres d'état civil, dit
« cet article, sont perdus ou qu'il n'y en ait jamais eu,
« la preuve sera reçue tant par titres que par témoins,
« et en l'un et l'autre cas, les baptêmes, mariages, sépul-
« tures pourront être justifiés tant par les papiers domes-
« tiques des père et mère décédés que par témoins, sauf
« à la partie à vérifier le contraire, même à nos Procu-
« reurs Généraux quand il s'agira de bénéfices, récep-
« tions, serments et installations aux charges et offices ».

Mentionnons encore les lettres-patentes de 1766 autorisant les Procureurs Généraux à poursuivre d'office les usurpateurs de titres de noblesse.

Droit intermédiaire. — Une loi du 24 août 1790 prévoit et réglemeute le point qui nous occupe. Voici comment est conçu l'article 2 du titre VIII de cette loi :

« Au civil les commissaires du roi exercent leur minis-
« tère, non pas par voie d'action, mais seulement par
« celle de réquisition dans les procès où les juges
« auraient été saisis. » Nos adversaires se sont emparés
de ce texte et ont argumenté de sa clarté et de sa pré-
cision pour dire qu'il était nettement en faveur de leur
thèse. Nous leur répondrons en nous associant à l'opinion
émise par M. le Procureur Général Dupin, dans un réquisi-
toire prononcé le 22 janvier 1862. D'après lui, l'art. 2 n'est
applicable que s'il s'agit d'un intérêt privé, mais dès
qu'un intérêt d'ordre public est en jeu, alors le Ministère
public peut agir par voie d'action, car l'article 1 de la loi
de 1790 déclare que les fonctions du Ministère public
consistent à faire observer dans les jugements à rendre
les lois intéressant l'ordre général et à faire observer les
jugements rendus : « Qui veut la fin veut les moyens, dit
« M. Dupin, et c'est en vain que le législateur de 1790
« aurait recommandé au Ministère public de veiller à
« l'exécution des lois s'il n'avait entendu lui donner les
« moyens d'action sans lesquels il serait impossible d'y
« parvenir. *Cui jurisdictio data est, concessa videntur*
« *etiam et ea sine quibus jurisdictio explicari nequit.* »

Ajoutons qu'un avis du Conseil d'Etat de brumaire
an XI semble se référer au principe du droit d'action.

Article 46 de la loi du 20 avril 1810

Quelques années après le Code civil, fut promulguée
la loi du 20 avril 1810 et alors se pose la question de
savoir si cette loi a modifié les tendances qu'avaient eu
l'ancien droit et le droit intermédiaire à élargir le champ
d'action du Ministère public.

Nous croyons que l'article 46 a consacré la théorie extensive dont nous sommes partisans.

Si nous consultons les travaux préparatoires, nous trouvons dans l'exposé des motifs de la loi une phrase de Treilhard qui ne nous paraît pas laisser place à l'équivoque : « La loi, dit-il, a constitué le Ministère public en matière civile le protecteur du faible et de l'orphelin. Il doit être entendu dans toutes les affaires des mineurs, interdits, absents ; enfin, *il n'est aucune affaire d'ordre public qui lui soit étrangère.* » Cette phrase, disent les partisans de la théorie restrictive, ne suffit pas pour établir le droit d'action du Ministère public dans les cas d'ordre public ; c'est la seule que l'on trouve dans les travaux préparatoires touchant à cette matière et il serait extraordinaire que le législateur ne se fût pas expliqué plus amplement. Nous répondrons qu'à cette époque les discussions étaient très rapides et que si le législateur n'a pas jugé utile de traiter plus longuement ce sujet, c'est que pour lui les paroles de Treilhard étaient assez explicites.

Du reste, la loi du 20 avril 1840 venait à point, car des procès scandaleux s'étaient produits, dus à l'inaction fâcheuse imposée au ministère public par la défectuosité de l'état de la législation antérieure. En effet, en 1807, devant le tribunal de Bruxelles, un père demanda et obtint la nullité du mariage contracté par une de ses filles décédée, alléguant qu'il n'y avait pas consenti, et dans le but de faire célébrer le mariage de sa seconde fille avec son gendre. En 1808, le jugement était infirmé par la Cour de Bruxelles sur appel du Procureur Général qui s'aperçut de l'existence d'une collusion entre les parties en vue d'échapper à l'application de l'article 162

du Code civil. — De même en 1809 la Cour de Pau infirma un jugement qui avait annulé un mariage sur la production d'un faux acte constatant que l'un des époux était déjà marié, et ce sur l'appel du ministère public.

Merlin, commentant les arrêts précités les blâme vivement ; voici notamment comment il s'exprime au sujet de l'arrêt de Bruxelles : « J'ignore, dit-il, pour quels « motifs les sieurs D... et G... ne se sont pas pourvus « contre cet arrêt, mais ce que je crois pouvoir assurer, « c'est que s'ils l'eussent fait, cet arrêt n'aurait pas « échappé à la cassation, et que la Cour suprême tout en « rendant hommage aux considérations morales qui « avaient déterminé les magistrats et le Procureur « de la Cour d'appel de Bruxelles, aurait jugé qu'ils « avaient ouvertement violé la loi, défectueuse sans « doute en cette matière, mais toujours sacrée pour « ses organes. »

Ainsi donc, pour Merlin, ces procès auraient démontré qu'il fallait accomplir une réforme tendant à donner au ministère public une arme afin qu'il put mettre un terme aux scandales permis par la législation antérieure.

L'article 46 de la loi de 1810 s'imposait comme une impérieuse nécessité. Il a consacré le vœu exprimé par Merlin.

Un reproche très sérieux doit être fait à la théorie restrictive : elle nous paraît rendre en effet inexplicable l'article 46, ou pour mieux dire, elle est forcée de ne pas tenir compte d'une partie de ses dispositions. Il est vrai qu'elle a essayé d'échapper à ce reproche en disant qu'on peut mettre en harmonie les deux dispositions de l'article 46, en entendant que le Ministère public poursuit d'office l'exécution des lois quand il s'agit

d'ordre public, toutes les fois qu'il y a un texte de loi autorisant cette action. Mais alors il nous semble que si cela est, le Ministère public demeure après, comme avant la loi de 1810, complètement désarmé l'orsqu'un intérêt public aura été atteint, dont la sauvegarde n'aura pas été expressément prévue ! Comment du reste prévoir tous les cas où l'ordre public sera intéressé ? Et comment aussi dire, quand et comment l'ordre public sera suffisamment intéressé ! C'est une mission que le législateur ne pouvait se donner, parce qu'il est impossible de définir un mot susceptible des applications les plus diverses ; il s'en est référé au jugement de ceux qui sont chargés d'interpréter les lois. Ça été l'œuvre de la loi de 1810, œuvre utile entre toutes, parce qu'elle était nécessaire à la sauvegarde des intérêts généraux de la société.

Mais, a-t-on dit, s'il est vrai que le Ministère public ait un droit d'action aussi étendu, quelle a pu être l'utilité, d'une part de l'article 32 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, qui accorde aux magistrats du Ministère public le droit de faire nommer par un tribunal un administrateur provisoire chargé de gérer les biens des individus non interdits internés dans un établissement, et d'autre part, de l'article 37 de la loi du 5 juillet 1844 qui accorde au Ministère public le droit de poursuivre la nullité d'un brevet dans les circonstances d'ordre public qu'il énumère ? Elles étaient inutiles si le système extensif est exact ? Nous répondrons que le législateur a voulu simplement décréter, comme il l'avait déjà fait dans beaucoup d'autres parties de la loi, que dans les cas prévus par les lois de 1838 et de 1844 l'ordre public était certainement intéressé, et que dans ces cas, les membres

du Ministère public ne devaient pas avoir la moindre hésitation à exercer leur droit d'action. Ce sont deux exemples ajoutés à beaucoup d'autres, voilà tout.

Il y a, disent enfin les partisans de la théorie restrictive, une considération morale qui doit faire triompher notre système. Serait-il prudent, étant donné que l'expression : ordre public, est très vague, de reconnaître au Ministère public un droit d'action illimité? « Quand les passions sont déchaînées, dit M. Lafontaine, que le souffle des révolutions passe sur le pays, l'usage ne pourrait-il pas aller jusqu'à l'abus, l'arme ne pourrait-elle pas devenir dangereuse? » (*Revue critique de jurisprudence*, Lafontaine, tome XX, p. 386). Il nous semble que quand on recherche l'utilité d'une institution, il faut examiner son fonctionnement et ses conséquences en temps normal, car quand un état est en révolution, le caractère de ses institutions est presque toujours faussé. Et puis croit-on, en supposant exacte l'explication donnée de l'article 46 par les partisans de la théorie restrictive, que ce texte serait suffisant pour empêcher des révolutionnaires de faire triompher leurs passions?

Résumons-nous en disant que le Ministère public peut agir d'office d'abord dans les cas prévus par la loi, sans qu'il y ait à s'occuper d'autre chose, et en second lieu, dans tous les cas où l'ordre public est intéressé.

Nous avons laissé de côté, pour y arriver maintenant, un système intermédiaire d'après lequel le droit du Ministère public d'agir d'office, au civil, ne serait pas exclusivement limité aux cas prévus par un texte précis. Mais il serait alors subordonné à la condition que son action fut commandée par un intérêt d'ordre public actuellement mis en péril et dont la défense nécessiterait

son intervention. Ce droit cesserait lorsque l'ordre public se confond avec une action d'intérêt privé débattue entre les parties intéressées dans une instance contradictoirement engagée, l'ordre public étant alors pleinement sauvegardé par la partie qui le défend en défendant ses propres intérêts et par la présence du Ministère public en qualité de partie jointe.

Ce système a été adopté par un arrêt de la Cour de Paris du 12 juillet 1867 (Dall. 67-2-121).

Le principal reproche qu'on peut lui adresser, c'est de ne s'appuyer sur aucun texte de loi. Rien, ni dans la loi du 20 avril 1810, ni dans les lois antérieures, ne paraît autoriser une semblable distinction.

Doctrines. — L'interprétation de l'article 46 a partagé et partagé encore aujourd'hui la doctrine.

Parmi les défenseurs de la théorie restrictive, mentionnons :

Ortolan et Ledeau (*Le Ministère public en France*, tome I, pages 71 et 162).

Aubry et Rau (tome I, page 158).

Debacq (*De l'action du Ministère public*).

Garsonnet (*Cours de procédure civile*, page 337).

Bonfils (*Cours de procédure civile*, page 310).

Rousseau et Laisney (*Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile*. V^o *Ministère public*, page 137, n^o 37).

Si nous énumérons les partisans de la doctrine extensive, que nous avons soutenue, nous trouvons :

Sheuck (*Traité sur le Ministère public*, tome I, page 70).

Merlin (*Répertoire*, tome XIX, section VI, page 539).

Demante (*Cours de Code civil*, tome I, n^o 122 bis, p. 219).

Périer (*Revue critique de Jurisprudence*, tome XXVIII, page 433).

Renault (*Revue de Législation*, tome VI, page 402, année 1876).

Jurisprudence. — Au début, la jurisprudence admet l'interprétation extensive. Citons dans ce sens les arrêts des Cours d'Agen, 14 janvier 1818 (Merlin, *Rep. de jurispr.* V° *Mariage*, section VI, § 3, page 545); de Grenoble, 28 juillet 1818 (Merlin, *Rép.*, sect. VI, § 3, page 541); de Bourges, 2 février 1820 (Dall. *Rep. alphab.* V° *Actes de l'état civil*, n° 468 en note). Cependant, la Cour de cassation repoussa la doctrine admise par les arrêts d'Agen et de Grenoble. Elle cassa le premier le 5 mars 1821 (Dall. *Rep. alph.* V° *Mariage*, n° 521) et le second le 1^{er} août 1820 (Dall. *Eod. Loc.*).

Dans le même sens et comme conséquence, nous trouvons en faveur de la théorie restrictive : Paris 26 avril 1833 (Syrey, 33-2-286); Nîmes, 21 mars 1838 (Dall. *Rep. alph.* n° 435); Poitiers, 9 mai 1843 et 26 mai 1846 (Syrey, 46-2-462).

Le 21 mai 1856 (Syrey 57-4-112) la Cour de cassation revient sur sa première façon de voir.

Puis le droit d'action est dénié par les arrêts des Cours suivantes : Colmar 6 mars 1860 (Syrey 60-2-369); Dijon 11 mai 1860 (Syrey 60-2-369); Douai 18 août 1860 (Syrey 60-2-599); Bordeaux 28 août 1860 (Syrey 60-2-599).

En même temps d'autres Cours d'appel affirmaient le droit d'action : Montpellier 10 mai 1859 (Syrey 60-2-369); Nîmes 11 juin 1860 (Syrey 60-2-599); Angers 5 déc. 1860; (Syrey 61-2-33); Orléans 29 déc. 1860 (Syrey 61-2-33).

Devant de semblables dissidences, la Cour de cassation fut appelée à se prononcer. Elle le fit le 22 janvier 1862 (Dall. 62-1-5) en faveur de l'extension du droit d'action, après avoir entendu le réquisitoire de M. le Procureur Général Dupin.

Depuis cette époque, ce système semble avoir définitivement prévalu. Citons parmi de nombreux arrêts : Orléans 1^{er} août 1863 (Dall. 64-2-15) ; Paris 3 juin 1867 (Dall. 67-2-98) ; Cassation 25 mai 1869 (Syrey 69-1-308) ; Paris 23 août 1870 (Dall. 71-4-9).

Nous arrivons maintenant aux cas nombreux dans lesquels le Ministère public agit comme partie principale par voie d'action proprement dite. Chaque cas sera l'objet d'une section à laquelle nous donnerons un développement en rapport avec les détails que comportera le sujet.

SECTION I.

Etat civil

L'état civil intéresse l'ordre public. Il constitue en effet la base même, le fondement des familles. Dès lors on conçoit qu'à beaucoup de points de vue, l'action du Ministère public ait à s'exercer.

Ses fonctions en cette matière sont multiples. Il doit exercer sur les officiers de l'état civil une surveillance

rigoureuse, vérifier soigneusement les registres, s'assurer de leur régularité.

Mais ce sont là des fonctions plutôt administratives que judiciaires dont nous ne nous occuperons pas.

Nous avons seulement à rechercher si, relativement aux actes de l'état civil, le Ministère public a un droit d'action principale au civil et quelle est cette action.

Deux cas principaux peuvent se présenter :

1° Les actes de l'état civil n'ont pas été rédigés et régulièrement inscrits sur les registres ;

2° Les actes ont été rédigés, mais ils renferment des irrégularités.

Le Ministère public a-t-il qualité pour poursuivre d'office :

1° Le rétablissement sur les registres des actes omis ?

2° La rectification des actes défectueux ?

Il faut répondre sans hésitation oui dans trois cas, celui de l'article 75 de la loi du 25 mars 1817, celui de l'article 3 de la loi du 10 juillet 1850, et celui de la loi du 18 décembre 1850. La première loi attribue d'une manière formelle au Ministère public le droit d'action lorsqu'il s'agit de demander la rectification et la réparation des omissions des actes de l'état civil, dans l'intérêt d'un indigent, ou quand il y a lieu de remplacer des registres perdus ou incendiés par les événements de la guerre. La seconde enjoint à l'officier de l'état civil de demander aux époux et aux personnes donnant consentement au mariage s'il a été fait un contrat, quelle est sa date et quel notaire l'a reçu ; mention doit être faite de la réponse et si cette mention a été omise, le Ministère public peut demander la rectification sous réserve du droit des parties intéressées. Enfin, la troisième loi

donne au Procureur de la République l'autorisation d'agir d'office afin de réunir les pièces nécessaires au mariage des indigents et à la légitimation de leurs enfants naturels, et pour procéder à tous actes d'instruction préalables à la célébration du mariage (1).

Ainsi donc, pas d'hésitation possible pour ces trois cas. Mais en dehors de ces attributions formelles, le Ministère public peut-il agir toutes les fois que l'omission ou l'irrégularité des actes intéresse l'ordre public ?

Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement, mais nous devons ajouter que cette question est controversée.

Disons d'abord sur quoi se base notre opinion ; nous exposerons ensuite le raisonnement de ceux qui la repoussent.

Nous invoquons en notre faveur un texte qui nous semble bien clair, bien précis, un avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire de l'an XI.

A cette époque on consulta le Conseil d'Etat sur le point de savoir : 1° Si l'officier de l'état civil pouvait rédiger et inscrire, d'après les déclarations des parties, les actes de l'état civil non inscrits sur les registres dans les délais prescrits par la loi, ou s'il était nécessaire que cette inscription fut autorisée par la justice ; 2° si dans ce cas il ne conviendrait pas que les commissaires du Gouvernement, près les tribunaux, intervenissent d'office pour requérir les jugements afin d'éviter les frais aux parties. Le Conseil d'Etat fut d'avis qu'il fallait laisser aux parties intéressées à faire réparer l'omission

(1) Il est à remarquer ici que dans l'intérêt du Trésor, il n'y a lieu pour le Ministère public d'intenter les actions en rétablissement ou en rectification des actes de l'état civil qu'autant qu'il y a un intérêt sérieux à le faire.

des actes de l'état civil le soin de provoquer le jugement « sauf le droit, ajoutait-il, qu'ont incontestablement les « commissaires du Gouvernement d'agir d'office en cette « matière dans les cas intéressant l'ordre public. »

Malgré la précision de ce texte, il s'est trouvé des jurisconsultes pour soutenir qu'en notre matière le Ministère public ne peut agir d'office.

Voici leur raisonnement.

Lorsque le 20 septembre 1792 on enleva aux curés le droit qu'ils avaient eu jusqu'alors de tenir les registres de l'état civil, des officiers municipaux furent désignés pour accomplir cette tâche, qui laissèrent dans leur rédaction de nombreuses lacunes. La Convention ordonna alors, par décret du 2 floréal de l'an III, que les administrations communales procéderaient au rétablissement des actes de l'état civil omis ou bien détruits depuis le 14 juillet 1789. Des commissaires dressaient des listes que l'on soumettait au contrôle des citoyens ; l'acte non contesté était arrêté aussitôt. En cas de contestation, le tribunal de district prononçait à la diligence du Commissaire national. Le Ministère public avait donc là un droit de poursuite d'office pour le rétablissement des actes omis.

Mais avait-il ce même droit d'action d'office pour faire rectifier les erreurs contenues dans les registres déjà existants ? Non, dit-on, car il résulte d'un avis du 13 nivôse de l'an X que toute rectification ne pouvait être faite qu'en vertu d'un jugement émanant de l'initiative des parties intéressées. Dès lors, le Conseil d'Etat entendait seulement consacrer le 12 brumaire de l'an XI le principe posé en l'an X ; quand à la teneur de l'avis de l'an XI *in fine*, elle réservait seulement au Ministère public le droit d'agir conformément à l'article 50 du

Code civil pour faire punir les auteurs de négligences, erreurs, faux commis sur les registres. D'ailleurs ajoutet-on, l'article 99 du Code civil ne donne aux membres du parquet que le droit d'être entendus dans les demandes en rectification. Il faut donc restreindre tout au moins l'avis de l'an XI au cas d'omission des actes de l'état civil et jamais on ne saurait aller jusqu'à l'étendre au cas de rectification.

Nous croyons ces raisonnements absolument faux. On prétend que le Conseil d'Etat n'a pas pu se contredire dans ces deux avis? Mais il ne s'est pas contredit! En l'an X comme en l'an XI, le Conseil d'Etat a voulu condamner la rectification administrative instituée en floreal an III, mais il n'a pas voulu interdire celle qui serait poursuivie par le Ministère public devant les tribunaux. De ce qu'il donne l'action aux parties il n'en faut pas déduire qu'il la leur donne à l'exclusion des membres du parquet. Quant à l'article 99, son but est d'exclure un procédé de vérification admis par les auteurs du projet et qui consistait en une ordonnance du Président du tribunal de première instance, rendue sur la seule réquisition du Ministère public. Ce projet fut repoussé par le Conseil d'Etat se basant sur ce que les registres de l'état civil sont un dépôt auquel nul ne doit avoir le droit de toucher.

Disons en terminant cette discussion qu'un décret du 18 juin 1811 dans son article 122 confirme l'opinion que nous avons émise. En effet après avoir indiqué le mode de recouvrement des frais de justice faits par le Ministère public en matière civile, il ajoute : « il en sera de
« même quand le Ministère public poursuivra d'office la
« rectification des actes de l'état civil, en conformité

« de l'avis de notre Conseil d'Etat du 12 brumaire de l'an XI ».

Sauf de très rares auteurs, parmi lesquels nous citerons M. Lafontaine (*Rev. crit. de Lég. et de Jurispr.* tome XX, page 395), la doctrine dans sa presque unanimité soutient la théorie dont nous nous sommes fait l'interprète.

La jurisprudence est également aujourd'hui fixée dans le même sens.

Le Ministère public peut donc agir d'office lorsque l'omission ou l'irrégularité des actes de l'état civil intéresse l'ordre public.

Mais, dans quels cas l'ordre public est-il intéressé ? C'est là une question de fait.

Signalons seulement quelques lois qui reconnaissent au Ministère public le droit d'action d'office dans des hypothèses particulières et constatons les principales applications faites du principe par la jurisprudence.

Lorsqu'il y a eu omission des actes de l'état civil dans une commune pour une longue période, lorsque par exemple pendant un année entière les naissances, les mariages ou décès, dans une commune, n'ont été constatés par aucun acte écrit, l'intérêt public exige que le Ministère public intervienne et agisse d'office (circulaires du 4 nov. 1814 — du 16 juil. 1817 — du 2 mai 1834).

De même, lorsque l'omission ou l'irrégularité d'un acte de l'état civil (par exemple l'erreur sur le sexe) pourrait avoir pour conséquence de soustraire un individu à l'application de la loi sur le recrutement, il y a un intérêt d'ordre public en jeu.

De même encore, quand dans un acte de l'état civil un individu s'est attribué un titre ou une qualification noble ne lui appartenant pas, l'action en rectification peut

être exercée d'office par le Ministère public. La loi du 28 mai 1858 et le décret du 8 janvier 1859 ont eu pour objet de punir et de réprimer ou prévenir les usurpations de titres ou qualifications nobiliaires et de réglementer la collation de ces titres considérée comme un apanage du pouvoir public. Il est donc certain que ces usurpations intéressent l'ordre public. Le Ministère public qui a le droit incontestable d'après ces lois de poursuivre la répression pénale de ces sortes d'usurpations doit également pouvoir poursuivre la rectification des actes où elles se seraient produites. La loi serait dépourvue de sa sanction principale si les actes qui sont destinés à constater les usurpations et à en perpétuer l'effet dans les générations à venir devaient subsister.

Un arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1862 (Syrey 62-1-258) a en cette matière reconnu de la manière la plus formelle le droit du Ministère public.

Mentionnons enfin le cas prévu par la loi des 12 et 25 février 1872. Elle prescrit la reconstitution des actes de l'état civil de Paris et des communes y annexées en 1859 et dont les registres avaient été détruits par l'insurrection. Cette reconstitution devait avoir lieu par les soins d'une commission nommée par le Ministre de la Justice ; au cas de contestation, le tribunal de première instance statuait, saisi par les parties ou d'office par le ministère public.

Tels sont les principaux cas où l'on peut considérer que l'ordre public est intéressé à la rectification ou au rétablissement des actes de l'état civil.

Le Ministère public peut alors agir d'office.

Dans tous ces cas, son action s'exerce-t-elle toujours par voie d'action proprement dite ? Est-il obligé de

mettre en cause les intéressés devant le tribunal, d'engager avec eux un débat contradictoire?

Non, le plus souvent l'action du Ministère public s'exercera en cette matière par voie de requête.

Il y a des cas cependant où le débat doit être engagé contradictoirement, où il y a lieu à débat, à procès dans le sens ordinaire du mot.

C'est lorsque le rétablissement ou la rectification demandée par le Ministère public implique une atteinte à l'état civil, doit entraîner une modification à cet état civil. Dans ce cas on comprend que la décision de la justice ne peut être rendue arrièrè de l'intéressé, sans avoir entendu sa défense.

Ainsi lorsque le Ministère public poursuit la rectification d'un acte de l'état civil où un titre nobiliaire lui paraît avoir été usurpé, le jugement à intervenir peut avoir pour effet de détruire le droit à ce titre, résultant de l'acte incriminé. Dès lors, l'action ne peut être poursuivie que contradictoirement avec l'ayant droit apparent. Il doit être cité à cet effet devant la juridiction compétente par le Ministère public.

Il est d'ailleurs reconnu en cette matière que le tribunal saisi d'une demande en rectification ou rétablissement d'acte de l'état civil par le Ministère public, peut ordonner si cela lui paraît utile ou nécessaire, lors même que le Ministère public aurait agi d'office, que les parties intéressées seront mises en cause et appelées à l'instance (art. 99 C. civil).

Devant quel tribunal le Ministère public, lorsqu'il agit d'office, en matière d'actes de l'état civil, doit-il se pourvoir?

En principe, en matière personnelle et mobilière, le tribunal compétent pour connaître du litige est celui du domicile du défendeur (art. 59, C. pr. civ.) D'après cette règle, le Ministère public qui poursuit par voie d'action directe et ordinaire contre un tiers, la rectification ou le rétablissement d'actes de l'état civil, devrait porter cette action devant le tribunal du domicile de ce tiers.

La jurisprudence a cependant en cette matière posé une règle de compétence différente. La demande en rectification ou rétablissement d'actes de l'état civil doit être portée devant le tribunal au greffe duquel sont déposés les doubles des registres où se trouvent inscrits les actes à rectifier.

De nombreux arrêts ont statué en ce sens.

SECTION II

Mariage

Il y a un acte de la vie civile qui intéresse plus que les autres l'ordre public, c'est le mariage. Aussi des pouvoirs étendus ont-ils été conférés au Ministère public pour sauvegarder et protéger soit l'état des personnes, soit la morale publique outragée par les unions de certaine nature.

Le Ministère public tient en cette matière ses pouvoirs des articles 190 et 191 du Code civil ainsi conçus :

Art. 190 : « Le procureur de la République, dans tous
« les cas auxquels s'applique l'article 184 et sous les
« modifications portées en l'article 185, peut et doit
« demander la nullité du mariage du vivant des deux
« époux et les faire condamner à se séparer. »

Art. 191 : « Tout mariage qui n'a point été contracté
« publiquement et qui n'a point été célébré devant l'offi-
« cier public compétent, peut être attaqué par les époux
« eux-mêmes, par les père et mère et par tous ceux qui
« y ont un intérêt né et actuel ainsi que par le ministère
« public. »

Une controverse est née à propos de l'article 190 ; elle roule sur la question de savoir quelle portée il convient d'attribuer à l'expression *peut et doit*. Etant donné les termes employés, le Ministère public a-t-il dans les cas auxquels s'applique l'article 184, le devoir d'agir en nullité, ou bien n'est-ce là qu'une simple faculté ?

Un premier système soutient que dans les cas auxquels fait allusion l'article 190, le Ministère public a le devoir de poursuivre. Il peut simplement poursuivre dans le cas prévu par l'article 191, ce qui du reste n'est contesté par personne. Dans ce système donc on supprime le mot *peut* de l'article 190 ; on n'en tient aucun compte.

Voici ce que disent les partisans de ce système : Il est très compréhensible que dans l'article 190, le législateur ait fait au magistrat du parquet un devoir de poursuivre et au contraire que dans l'article 191 il lui ait donné toute liberté d'action, car dans l'un et l'autre cas, les mêmes intérêts moraux ne sont pas en jeu ; on sera choqué par la bigamie, l'inceste, le défaut de puberté ; la morale publique ne recevra qu'une bien légère atteinte si l'officier qui a célébré le mariage était incompétent.

A l'appui de ce système on invoque les paroles de M. de Boutteville au Tribunal, qui semblent bien le confirmer : « S'il s'agit, disait-il d'un mariage infecté de
« vices essentiels comme le défaut d'âge, un premier
« mariage subsistant, la parenté ou l'alliance aux degrés

« prohibés, la loi, encore une fois, législateurs, ne se
« borne pas à déférer au commissaire du gouvernement
« le droit, elle lui impose le devoir de réclamer et de
« faire séparer les époux ; toujours cependant sous la
« modification relative au défaut d'âge déjà expliquée.
« S'il s'agit d'un mariage qui n'aurait pas été contracté
« avec la publicité voulue par la loi et devant l'officier
« compétent, le législateur semble (ainsi du moins nous
« le persuadent les sages conseils donnés par d'Agues-
« seau) laisser à la prudence du magistrat ce que l'inté-
« rêt des mœurs et la paix des familles pourraient exiger
« de la sévérité de son ministère. » (Fenet, tome IX,
page 208).

Nous repoussons ce système et nous nous rallions à l'opinion de MM. Aubry et Rau (tome 5, p. 461, note 23), et Demolombe (tome 3, p. 498, n° 311). Nous avons déjà remarqué que dans le système repoussé par nous, sur les deux verbes *peut et doit*, on supprime le premier. Pour nous, nous laissons subsister le texte dans son intégralité et nous disons que le Ministère public *peut* agir dans les cas auxquels se réfère l'article 190, qu'il a la faculté d'agir ; mais que s'il veut agir, il *doit* le faire du vivant des deux époux. Le texte de l'article 190 aurait pu être rédigé avec plus de clarté. Les articles du Code de rédaction obscure, sont fort nombreux ; l'article 190 est du nombre, mais avec un peu d'attention il est facile de l'interpréter logiquement.

Et puis, comme le fait si bien remarquer M. Demolombe, pourquoi obliger le parquet à poursuivre ? En agissant aveuglément, on porterait le désordre dans les familles et dans la société et on méconnaîtrait le rôle du Ministère public qui devant éviter le scandale, le

provoquerait ici. C'est ce que disait aussi Portalis dans son discours au Corps législatif : « Nous avons dit que le
« commissaire du gouvernement, que le Ministère public
« peut s'élever d'office contre un mariage infecté de
« quelque une des nullités que nous avons énoncées
« comme appartenant au droit public ; l'objet de ces
« magistrats doit être de faire cesser le scandale d'un
« tel mariage et de faire prononcer la séparation des
« deux époux. Mais gardons-nous de donner à cette
« censure, confiée au Ministère public dans l'intérêt des
« mœurs et de la société, une étendue qui la rendrait
« oppressive et la ferait dégénérer en inquisition. Le
« Ministère public ne doit se montrer que quand le vice
» est notoire, quand il est subsistant, ou quand une
« longue possession n'a pas mis les époux à l'abri des
« recherches directes du magistrat. Il y a souvent plus
« de scandale dans les poursuites indiscrètes d'un délit
« obscur, ancien et ignoré que dans le délit lui-même. »
(Locré, t. IV, p. 514 et 515)

La mort de l'un des époux constitue une fin de non recevoir à l'action mise en mouvement par le Procureur de la République, postérieurement à la limite extrême de temps pendant lequel elle peut être valablement intentée. Mais, existe-t-il des fins de non recevoir dans les cas de parenté, impuberté, existence d'un premier mariage, défaut de publicité, incompétence de l'officier d'état civil ?

Il n'y a pas de fin de non recevoir relativement à l'existence d'un degré de parenté prohibé.

En ce qui concerne l'impuberté, il existe une fin de non recevoir lorsque se réalisent les hypothèses prévues par l'article 185 du Code civil. D'après cet article, le

mariage contracté avant l'âge légal ne peut plus être attaqué lorsque la femme qui n'avait pas l'âge requis par la loi a conçu avant l'échéance de six mois. Cette disposition se justifie parfaitement, car alors la présomption d'incapacité à la procréation, but essentiel du mariage, sera inadmissible. La seconde hypothèse vise le cas où il se serait écoulé plus de six mois depuis le jour où le ou les époux ont atteint l'âge requis. Ici, à première vue, on peut se demander quelle est l'utilité de laisser une marge de six mois après la puberté ? Cette disposition se justifie par ce fait, que toutes les fois que la loi donne une action, elle doit laisser le temps nécessaire pour l'exercer. C'était la raison que donnait Portalis pour l'expliquer (Loché, t. IV, p. 513).

En ce qui concerne la bigamie, nous ne croyons pas qu'il puisse exister de fin de non recevoir, bien qu'on ait prétendu le contraire en s'appuyant sur l'article 139 du Code civil. Le Ministère public ne nous paraît pas pouvoir être forcé, dans aucun cas, de laisser subsister une atteinte aussi grave aux bonnes mœurs.

Nous ne croyons pas non plus qu'il existe de fin de non recevoir relativement au défaut de publicité ou à l'incompétence de l'officier d'état civil, car la publicité solennelle devant un officier d'état civil compétent est nécessaire pour empêcher la célébration des mariages contraires aux lois et pour porter à la connaissance des tiers ceux qu'elles autorisent. Il y a là des intérêts moraux trop graves à sauvegarder pour que le Ministère public puisse voir repousser ses demandes en nullité en cette matière par une fin de non recevoir.

Le Ministère public n'a pas à poursuivre, par voie d'action principale, l'annulation des mariages contractés,

pour défaut de consentement des parties ou pour défaut de consentement des parents ou ascendants, dans les cas où ce consentement est requis par la loi.

L'initiative des demandes en annulation est alors laissée aux intéressés. (Art. 180 et suiv. du C. civil).

Dans les divers cas où il poursuit l'annulation du mariage, conformément aux articles 190 et 191 du Code civil, le Ministère public doit agir, non par voie de requête, mais par voie d'action directe contre les intéressés ; il doit les citer devant le tribunal et provoquer un jugement qui leur soit opposable.

Le Ministère public peut-il, dans les divers cas qui viennent d'être énumérés, faire opposition aux mariages qu'il saurait devoir être contractés ?

La question a été longtemps controversée. Elle est aujourd'hui résolue affirmativement. (V. arrêts de Cass. 21 mai 1856 — Dall. 56-1-208 ; Caen 16 août 1876 — *Jurispr. de la C. de Caen*, 1876, p. 228).

L'acte d'opposition fait à la requête du Ministère public doit remplir les conditions prescrites par l'art. 176 du Code civil.

La demande en main-levée est jugée contradictoirement avec le Ministère public, défendeur à l'action, dans le délai indiqué par l'article 177 du Code civil.

Mais l'article 179 ne peut être appliqué ici, car le Ministère public ne peut jamais être condamné à des dommages-intérêts.

Enfin, en matière de mariage, l'action d'office du ministère public peut encore être exercée dans un dernier cas.

Lorsque, par suite de fraude, la preuve de la célébration civile d'un mariage a été omise ou supprimée, il

y a lieu à rétablissement de l'acte ainsi frauduleusement omis ou supprimé ; ce rétablissement doit être poursuivi au civil, par le Ministère public, en présence des parties intéressées et sur leur dénonciation (art. 200 C. civil).

Le Ministère public agit dans ce cas encore par voie d'action proprement dite. Il doit mettre en cause devant le Tribunal les parties intéressées, et poursuivre le débat contradictoirement avec elles.

SECTION III

Séparation de corps et Divorce

Chacun des époux peut demander la séparation de corps et le divorce.

Sous l'empire de l'article 308 du Code civil, le jugement qui prononçait la séparation de corps pouvait également contenir une condamnation à l'emprisonnement contre la femme adultère et ce sur les réquisitions du Ministère public. L'article 308 a été abrogé par la loi du 27 juillet 1884.

De même l'article 267 du Code civil confiait provisoirement, pendant la durée de l'instruction, la garde des enfants au mari demandeur ou défendeur au divorce, mais il prévoyait le cas où il pourrait en être ordonné autrement sur l'initiative du Ministère public. Ce texte a été abrogé par la loi du 20 avril 1886, article 4, qui dispose que le Tribunal peut sur les réquisitions du Ministère public ordonner toutes les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants.

La même loi statue par analogie, dans le même sens, en matière de séparation de corps,

L'article 302 du Code civil a été conservé ; il décide
« que les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu
« le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de
« la famille ou du Ministère public, n'ordonne pour le
« plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-
« uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux,
« soit d'une tierce personne. »

Les dispositions de cet article sont applicables au cas de séparation de corps, et les enfants peuvent être confiés à la mère de préférence au père, si les tribunaux le jugent convenable. (Cass. 23 juin 1844, Syrey 41-4-630 ; 17 juin 1845, Dall. 45-1-415).

SECTION IV

Reconnaissance d'enfant naturel

D'après l'article 335 du Code civil, les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent être reconnus.

Dans le cas où des reconnaissances de ce genre auraient été faites, le Ministère public a le droit incontestable de poursuivre d'office l'annulation. La morale publique serait trop directement atteinte si des actes de ce genre pouvaient être maintenus.

Le Ministère public doit dans ce cas agir par voie d'action contre l'enfant, ou contre ses représentants légaux, s'il est en état de minorité.

SECTION V

Interdiction. — Conseil judiciaire

L'article 489 du Code civil prescrit d'interdire le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur.

Cette question touche à certains points de vue à l'ordre public ; aussi le Ministère public est-il autorisé par l'article 491 du Code civil à poursuivre lui-même et d'office l'interdiction dans deux cas :

1^o Dans le cas de fureur, si l'interdiction n'est d'ailleurs provoquée ni par l'époux, ni par les parents ;

2^o Dans les cas d'imbécillité ou de démence, lorsqu'il s'agit d'un individu n'ayant ni époux ni parents connus.

Le Ministère public est alors tenu de procéder comme le ferait tout autre demandeur en interdiction. La procédure spéciale indiquée par les articles 493 et suivants du Code civil, 890 et suivants du Code de procédure civile, doit être appliquée rigoureusement par le Ministère public.

Il y a lieu d'ailleurs, pour la compétence, de se conformer à l'article 59 du Code de procédure civile.

SECTION VI

Substitution

D'après les articles 1048 et 1049 du Code civil, il est apporté certaines dérogations à la loi prohibitive des substitutions.

Les père et mère peuvent léguer ou donner à un ou plusieurs de leurs enfants la quotité disponible de leurs biens avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés ou à naître au premier degré desdits donataires.

La même disposition peut être valable au cas de mort sans enfants, quand elle est faite au profit d'un ou de plusieurs des frères ou sœurs du défunt, de tout ou partie des biens qui ne sont pas réservés par la loi, avec charge de rendre ces biens aux enfants nés ou à naître, au premier degré, des frères ou sœurs donataires.

L'expression « grevé » désigne, on le sait, le donataire du premier degré ; celle d' « appelé » le donataire du second degré.

Certaines garanties ont du, cela se comprend, être organisées par la loi, pour sauvegarder l'intérêt de l'appelé et lui assurer la transmission des biens.

Parmi ces garanties se trouve l'institution d'un tuteur, chargé de l'exécution des dispositions, appelé tuteur à la substitution ; ce tuteur peut être nommé par le testateur lui-même (art. 1055, C. civ.). Sinon, la nomination doit être faite à la diligence du grevé lui-même (art. 1056, C. civ.). Un délai d'un mois lui est imparti à cet effet. S'il ne remplit pas cette obligation, l'article 1057 le déclare déchu du bénéfice de la disposition et le droit peut être déclaré ouvert au bénéfice des appelés.

Le Procureur de la République près le tribunal où la succession s'est ouverte peut agir d'office à cet effet, si l'appelé ou ses représentants négligent de le faire (art. 1057).

Il agit alors par voie d'action principale et directe, dirigée contre le grevé. Il doit le mettre en cause et provoquer un débat contradictoire avec lui.

L'article 1058 a pour but, en cette matière, d'organiser toujours dans l'intérêt des appelés, une seconde garantie. Il doit être fait un inventaire, après la mort du testateur, des biens composant sa succession.

Si le grevé ou le tuteur à la substitution négligent de faire les diligences nécessaires à cet effet, le Ministère public doit intervenir et provoquer l'inventaire dont il s'agit. En cas de difficultés à cet égard, il peut en saisir le tribunal par voie d'action directe (Art. 1061, C. civ.).

SECTION VII

Restriction d'hypothèques légales

L'article 2121 du Code civil attribue un droit d'hypothèque légale pour garantir leurs droits et créances aux femmes mariées, sur les biens de leur mari, aux mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur. Cette hypothèque existe indépendamment de toute inscription (art. 2135) et elle frappe tous les biens immeubles de ceux qu'elle grève.

On comprend quelles entraves pouvait créer cette situation dans certaines circonstances. Un tuteur, un mari, pouvait posséder des biens immeubles d'une valeur considérable, d'une valeur beaucoup supérieure aux créances éventuelles, soit du mineur, soit de la femme mariée. Il n'était pas équitable qu'en pareil cas l'ensemble des valeurs immobilières restât forcément grevé de l'hypothèque légale.

Les articles 2140 et 2146 du Code civil ont eu pour but de régler cette situation.

D'après les articles 2140 et 2141, l'hypothèque légale de la femme mariée et du mineur ou interdit, peut être restreinte lors du contrat de mariage ou lors de l'ouverture de la tutelle, à certains immeubles déterminés, sur lesquels il doit être pris une inscription.

C'est là un cas de restriction conventionnelle de l'hypothèque légale. Nous n'avons pas à nous en occuper. Le Ministère public n'a aucune mission à remplir à cet égard.

Les articles 2143 et suivants sont au contraire relatifs à la restriction des hypothèques légales au cours soit du mariage, soit de la tutelle. Voici la situation prévue par ces articles. Aucune convention n'est intervenue au sujet de l'hypothèque légale, lors du mariage, aucune résolution restrictive n'a été prise par le conseil de famille, lors de l'ouverture de la tutelle. Cependant, au cours du mariage ou de la tutelle, le mari ou le tuteur éprouvent le besoin de rendre libre du fardeau de l'hypothèque légale un de leurs immeubles.

Comment devront-ils procéder ?

Ils devront s'adresser au tribunal, seul compétent pour apprécier l'opportunité de mesures de ce genre.

S'il s'agit d'un tuteur, l'action devra être précédée d'un avis de famille (art. 2143, C. civ.).

S'il s'agit d'un mari, il devra rapporter la preuve que l'action est intentée du consentement de sa femme (art. 2144); l'action, dans ce cas, devra être également précédée d'un avis émis par les quatre plus proches parents de la femme réunis en assemblée de famille (art. 2144).

Enfin, ces garanties n'ont pas encore paru suffisantes. Il fallait prévoir la fraude possible, la collusion entre les parents et le mari ou tuteur. L'article 2146 a décidé

qu'en pareille matière les décisions du tribunal seraient rendues contradictoirement avec le Ministère public. Le Ministère public est donc dans toute demande en restriction d'hypothèque légale formée par un mari ou tuteur, partie principale à l'instance comme défendeur. L'action doit être intentée contre lui.

C'est l'idée exprimée dans un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 1831, arrêt cassant un arrêt de la Cour de Rouen du 31 mai 1828, qui s'était bornée à homologuer la décision d'un conseil de famille, provoquée par un tuteur, et à accorder la restriction demandée, sur requête et sans assignation du subrogé-tuteur. Voici comment s'exprimait la Cour suprême : « Vu les articles « 2143 et 2145, attendu que d'après le premier de ces « articles, la demande en réduction de l'hypothèque « légale du mineur sur les biens de son tuteur ne peut « être formée que sur l'avis du conseil de famille et doit « l'être contre le subrogé-tuteur ; que d'après cet article « 2145 les tribunaux sont appelés à statuer sur ces « demandes par de véritables jugements rendus par la « voie contentieuse, puisqu'il porte que ces jugements « n'interviendront que le Ministère public entendu, et « contradictoirement avec lui ; que ces jugements sont « rendus à la vérité sur l'avis du conseil de famille, mais « que cet avis est soumis au tribunal pour y être apprécié et vérifié et non seulement pour y être homologué, « la Cour..... ».

La Cour de Paris rendit un arrêt conforme, le 11 juin 1834.

Le Ministère public peut conclure soit à l'admission, soit au rejet. Il ne doit être guidé que par l'intérêt du mineur ou de la femme mariée dont il est constitué le

défenseur d'office. Il doit avant tout examiner quelles sont les créances actuelles ou éventuelles garanties par l'hypothèque légale ; il doit, en second lieu, rechercher quelle est la valeur intrinsèque des immeubles grevés de cette hypothèque. S'il y a disproportion certaine, c'est-à-dire si la valeur des immeubles est notoirement supérieure aux créances que l'hypothèque légale a pour but de garantir, la demande peut être accueillie (art. 2143, C. civ.). Dans le cas contraire, elle doit être rejetée.

SECTION VIII

Brevets d'invention

On appelle brevet d'invention un titre délivré par le Gouvernement et ayant pour but de constater le droit exclusif appartenant à l'auteur d'une nouvelle découverte ou invention industrielle, d'exploiter à son profit cette découverte ou invention (art. 1 de la loi du 5 juillet 1844). La durée des brevets n'est pas indéfinie ; d'après la loi du 5 juillet 1844, article 3, elle varie de 10 à 15 ans.

On comprend combien en cette matière l'ordre public est intéressé. Le résultat du brevet d'invention est en effet de placer hors du domaine public, pendant un temps plus ou moins long, une application utile de la science ou de l'industrie. Il importe dès lors que cette loi, protectrice sans doute de la propriété privée, mais contraire dans une certaine mesure à l'intérêt général, au libre développement des forces industrielles, soit appliquée d'une façon sérieuse.

La loi a organisé tout un système de garanties pour sauvegarder ces divers intérêts; elle a déterminé avec soin les matières qui pourraient donner lieu à l'obtention des brevets d'invention.

Il faut que l'invention ou découverte soient nouvelles (l'art. 2 du titre I détermine ce que l'on doit entendre par ces expressions).

De plus, il y a certaines inventions ou découvertes même nouvelles, qui ne sont pas susceptibles d'être brevetés. Il en est ainsi des compositions pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce, des plans et combinaisons de crédit ou de finance.

L'intérêt général prime dans ces différents cas l'intérêt privé de l'inventeur (art. 3, idem.).

Les brevets qui porteraient sur des objets rentrant dans l'une ou l'autre de ces catégories sont déclarés nuls et de nul effet (art. 30, idem.). Il en est de même, d'après le même article;

1^e Si les brevets portent sur des principes, méthodes et conceptions théoriques dont on n'a pas indiqué les applications industrielles.

2^e Si la découverte, invention ou application est reconnue contraire à l'ordre ou à la sûreté publique.

3^e Si le titre, sous lequel le brevet a été demandé, indique frauduleusement un objet autre que le véritable objet de l'invention, etc., etc.

La loi a également prévu dans un intérêt d'ordre public certains cas où la déchéance des brevets obtenus pourrait être prononcée; on peut par exemple citer le cas où le breveté a négligé dans un certain délai de mettre sa découverte en exploitation en France (art. 32, loi précitée).

Ainsi dans certains cas, nullité des brevets, dans d'autres déchéances.

Qui peut intenter les actions en nullité ou en déchéance ?

L'article 34 de la loi de 1844 accorde ce droit à toute personne y ayant intérêt.

L'article 37 détermine quels sont en cette matière les droits du Ministère public. Il peut intervenir dans toute instance en nullité ou déchéance d'un brevet et prendre des réquisitions pour faire prononcer la nullité ou la déchéance absolue du brevet.

Dans certains cas même il peut se pourvoir directement, par voie d'action principale, pour faire prononcer la nullité d'un brevet. Le droit du Ministère public à ce dernier point de vue ne peut être exercé que dans les limites posées par la loi.

Il peut, dit l'article 37, se pourvoir pour faire prononcer la nullité. Il faut en conclure que jamais le Ministère public ne peut intenter directement une action en déchéance de brevet. Il n'a pour ces actions qu'un droit d'intervention.

Le Ministère public ne peut même pas provoquer directement la nullité d'un brevet dans tous les cas où cette nullité est prononcée. Son droit ne s'applique qu'à trois cas :

1° Si la découverte, invention ou application n'était pas susceptible d'être brevetée (articles 37, 30, § 2, 3 de la loi précitée).

2° Si la découverte, invention ou application brevetée est reconnue contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (art. 37, 30, § 4, idem.)

3° Si le titre sous lequel le brevet a été obtenu indique frauduleusement un objet autre que le véritable objet de l'invention (art. 37, 30, § 5, *idem*).

Dans ces trois cas, le Ministère public peut d'office provoquer la nullité du brevet. Il agit alors par voie d'action directe contre le breveté. Il doit le citer devant le tribunal civil, provoquer un débat contradictoire avec lui.

SECTION IX

Cautionnement des conservateurs

Les conservateurs des hypothèques sont tenus de fournir un cautionnement en immeubles reçu par le tribunal civil de la situation des biens, contradictoirement avec le Ministère public (Loi du 21 ventôse de l'an VII, art. 7). Le Ministère public est donc partie principale dans ces instances. Une instruction du Ministre des Finances a indiqué les précautions à prendre pour s'assurer de la validité de ce cautionnement. La procédure à suivre est celle indiquée par les articles 517 et suivants du Code de procédure civile pour la réception des cautions.

Dix ans après que le conservateur a cessé ses fonctions, l'inscription peut être radiée. Cette radiation ne peut être prononcée que par le tribunal et contradictoirement avec le Ministère public, qui doit s'assurer de la parfaite libération du conservateur (Circulaire du 2 mai 1825).

SECTION X

Apposition et levée de scellés

Les magistrats du parquet doivent requérir d'office l'apposition et la levée des scellés dans les cas prévus par les articles 819 du Code civil, 911 et 930 du Code de procédure civile.

SECTION XI

Expropriation pour cause d'utilité publique

D'après la loi du 3 mai 1841, le Procureur de la République requiert l'expropriation des terrains indiqués dans les pièces transmises par le Préfet.

SECTION XII

De la déchéance de la qualité de Français

La qualité de Français se perd dans certains cas énumérés par les articles 17 à 21 du Code civil, modifiés par la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité. Cette même loi a abrogé les décrets du 6 avril 1809 et du 26 août 1811, relatifs au même objet.

Le Ministère public a qualité dans un cas spécial pour faire prononcer cette déchéance.

D'après l'article 1 de la loi du 19 mai 1834, relative à l'état des officiers, le grade constituant l'état d'officier

ne peut se perdre que pour certaines causes déterminées. Parmi ces causes figure sous le n° 2 la perte de la qualité de Français.

Le 30 août 1837 a été rendue une ordonnance qui détermine comment il faut procéder pour faire constater qu'un officier a cessé d'être Français. Les instances qui ont pour but de faire prononcer cette déchéance doivent être intentées et suivies à la requête du Ministère public, dans la forme ordinaire des instances où il agit d'office.

Ainsi, en cette matière, le Ministère public agit d'office, par voie d'action principale. Le jugement à intervenir entraînant un changement d'état ne peut évidemment être rendu sans que l'intéressé ait été appelé à l'instance. C'est donc au contentieux, par voie de débat contradictoire et non par simple requête, que le Ministère public doit agir. Ce point ne peut soulever aucune difficulté.

SECTION XIII

Fabriques des églises

D'après l'article 85 du décret du 30 décembre 1809, le trésorier de chaque fabrique devait présenter un compte annuel au bureau des marguilliers.

A défaut par lui de remplir cette obligation, le Ministère public devait, sur l'avis qui lui était transmis qu'il même d'office le poursuivre devant le tribunal civil.

Aujourd'hui la comptabilité des fabriques est régie par le décret du 27 mars 1893. Le Ministère public n'a plus d'attributions en cette matière. C'est le Préfet qui, en cas de non reddition de comptes, nommera d'office un

commis, après que le retard aura donné lieu à condamnation à l'amende par le juge des comptes (Conseil de préfecture ou Cour des Comptes suivant l'importance des revenus de la fabrique).

SECTION XIV

Lycées

Le Procureur de la République, agissant à la requête des proviseurs, est chargé de poursuivre devant les tribunaux les sommes dues par les parents.

SECTION XV

Réquisitions pour faire prononcer des amendes dans l'intérêt du fisc

L'amende étant une peine, la condamnation à l'amende doit être prévue par un texte précis. Cette condamnation est quelquefois provoquée par le Ministère public. C'est ce qui a lieu pour la répression des contraventions faites par les notaires à la loi du 25 ventôse de l'an XI, dans le cas de l'article 1030 du code de procédure civile qui prononce une amende contre les officiers ministériels pour contraventions dans les exploits et actes de procédure, enfin dans le cas de l'article 56 du même code, qui inflige une amende pour non comparution devant le juge de paix, après citation en conciliation.

SECTION XVI

Déchéance de la puissance paternelle

Les causes de déchéance de la puissance paternelle sont indiquées par les articles 1 et 2 de la loi du 24 juillet 1889, relative à la protection des enfants maltraités, ou moralement abandonnés. Dans les cas prévus par l'article 1, la déchéance a lieu de plein droit; dans ceux prévus par l'article 2, il faut qu'elle soit demandée.

L'action en déchéance est intentée devant la Chambre du Conseil du tribunal du domicile ou de la résidence du père ou de la mère, soit par un ou plusieurs parents du mineur, au degré de cousin germain, soit, à leur défaut par le Ministère public (art. 3, loi 24 juillet 1889).

Puis le Procureur de la République fait procéder à une enquête sommaire sur la situation de la famille du mineur et sur la moralité de ses parents connus qui sont mis en demeure de présenter au tribunal les observations et oppositions qu'ils jugeront convenables. Le Ministère public ou la partie intéressée introduit l'action en déchéance par un mémoire présenté au Président du tribunal, énonçant les faits et accompagné des pièces justificatives. Ce mémoire est notifié aux père et mère ou ascendants dont la déchéance est demandée. Puis il est procédé conformément aux articles 892 et 893 du Code de procédure civile. L'affaire est examinée en Chambre du Conseil et le Ministère public doit être entendu dans ses réquisitions.

L'appel des jugements appartient aux parties et au Ministère public.

L'article 9 porte que dans les cas de déchéance de plein droit encourue par le père, le Ministère public ou les parents désignés à l'article 3, devront saisir sans délai la juridiction compétente qui décidera si, dans l'intérêt de l'enfant, la mère exercera les droits de la puissance paternelle tels qu'ils sont définis par le Code civil.

La loi du 24 juillet 1889 prévoit encore d'autres cas d'intervention du Ministère public, mais alors il n'est plus que partie jointe. Nous reviendrons plus tard sur ce sujet.

SECTION XVII

Délits d'audience

Le Ministère public peut agir directement pour requérir à l'audience même, une peine contre ceux qui interrompraient le cours de l'audience par du bruit ou qui outrageraient les magistrats. De même il peut provoquer ces mesures répressives contre les avoués et les avocats qui, dans leurs conclusions ou plaidoiries auraient outrepassé les droits de la liberté de la défense.

Tels sont les cas dans lesquels le ministère public agit, comme partie principale, par voie d'action proprement dite.

On peut encore ranger dans cette catégorie : 1° Les attributions du Ministère public en matière d'actions domaniales ; 2° Les attributions en matière de conflits. Mais nous ferons observer que dans ces deux cas le Ministère public agit plutôt comme représentant le

Domaine ou l'Etat, que comme exerçant d'office une action civile. La procédure à suivre n'est pas la même que pour les cas qui viennent d'être énumérés. Nous réserverons donc, pour les traiter à part, les attributions du Ministère public en ces matières.

B. — *Quelle est la procédure que doit suivre le Ministère public, lorsqu'il agit par voie d'action civile proprement dite, c'est-à-dire par voie d'action contentieuse ou contradictoire ?*

Le principe est fort simple. Le Ministère public est alors astreint à suivre les formes ordinaires de la procédure civile. Il n'y a d'exception à cette règle qu'en ce qui concerne le ministère des avoués, obligatoire pour toute partie qui veut plaider. Le Ministère public est dispensé d'y recourir. Il est lui-même son avoué. Nous allons parcourir rapidement les diverses phases d'une procédure civile ordinaire et nous appliquerons au Ministère public les diverses prescriptions de la loi à ce sujet.

1° *Conciliation devant le Juge de paix.* — Toutes les contestations en matière civile doivent être précédées du préliminaire de conciliation (art. 48, C. pr. civ.).

Il y a exception à ce principe pour les contestations qui intéressent l'ordre public ou les incapables (art. 49, C. pr. civ.). Dès lors le ministère public ne peut être obligé de recourir à ce préliminaire avant d'agir au civil comme partie principale. Toutes les matières où son droit d'action est reconnu se rapportent en effet aux cas d'exception prévus par cet article 49.

2° *Ajournement*. — On entend par ajournement un exploit d'assignation introductif d'instance, signifié à partie, par lequel on porte une demande devant le tribunal compétent. Les formalités à remplir pour la régularité de l'ajournement sont indiquées par les articles 61 et suivants du Code de procédure civile. Toutes ces formalités doivent être observées dans les exploits d'ajournement délivrés à la requête du Ministère public.

Le Ministère public doit aussi quand il agit se conformer aux règles de la compétence posées par l'article 59 du Code de procédure civile. Les actions qu'il intente ont en général un caractère personnel et mobilier. Elles doivent donc en principe être intentées devant le tribunal du domicile du défendeur.

Nous avons vu qu'il a été apporté une exception à ce principe en matière d'actes de l'état civil. La jurisprudence a en effet décidé que la demande en rectification ou en rétablissement d'actes de l'état civil doit être portée devant le tribunal au greffe duquel sont déposés les doubles des registres où se trouvent inscrits les actes à rectifier.

Les exploits d'ajournement, lorsque le Ministère public agit comme partie principale, sont donnés par un huissier et ainsi libellés : A la requête de M. le Procureur de la République à....., sans indication du nom de l'officier du Ministère public. Ils doivent renfermer cette mention que : domicile est élu, pour l'instance, au parquet.

3° *Enrôlement*. — Il est tenu au greffe de chaque cour ou tribunal, un rôle où sont inscrites toutes les affaires introduites par exploit devant le tribunal (art. 55,

§ 1 et 3 du décret du 30 mars 1808). Les affaires sont inscrites dans leur ordre de présentation. Il est du au greffier un droit pour chaque affaire mise au rôle.

Lorsque le Ministère public est partie principale et demandeur, il doit veiller à ce que l'affaire soit ainsi enrôlée.

Mais il n'est du, dans ce cas, aucun émolument au greffier.

4^e *Défauts*. — Lorsqu'une affaire a été mise au rôle par le demandeur, de deux choses l'une, ou le défendeur assigné régulièrement ne constitue pas avoué, ou il fait cette constitution.

Dans le premier cas, après l'expiration des délais d'ajournement, il peut être pris contre la partie défaillante un jugement par défaut (art. 149, 150 C. pr. civ.). Si de deux ou plusieurs parties défenderesses l'une seulement fait défaut, il y a lieu à jugement par défaut profit joint (art. 153 C. pr. civ.).

Le ministère public peut-il ainsi, dans les cas où il agit par voie d'action principale, provoquer des jugements par défaut ?

Oui évidemment. Son droit à cet égard est le même que celui de toute autre partie demanderesse.

Mais il ne peut en aucun cas être pris contre le Ministère public un jugement par défaut. Le débat vis-à-vis de lui est toujours et nécessairement un débat contradictoire. Ainsi, dans le cas de l'article 154 du Code de procédure civile, il ne peut être pris contre le Ministère public demandeur un défaut congé.

Lorsqu'un jugement par défaut a été rendu, il doit être signifié à la partie défaillante par le ministère d'un

huissier commis par le tribunal (art. 156 C. pr. civ.) Il doit être exécuté, à peine d'être réputé non avenu, dans les six mois de son obtention (même art.) Ces règles sont applicables au Ministère public.

Lorsque les parties défenderesses ont sur l'assignation constitué avoué, il peut encore y avoir lieu à jugement par défaut ; c'est dans le cas où l'avoué constitué ne se présente pas au jour indiqué pour l'audience, ou refuse de conclure (art. 149, C. p. civ.)

Le ministère public lorsqu'il est demandeur peut également provoquer un jugement par défaut de cette nature.

Il n'y a pas lieu, dans ce cas, à signification du jugement par huissier commis.

5° *Ecrits d'instruction.* — Dans le cours d'une instance civile, il est échangé des écrits ou mémoires pour l'instruction de l'affaire.

Lorsque le ministère public agit comme partie principale, ces écrits, quand ils émanent de la partie adverse, lui sont signifiés par acte au Parquet. Il peut y répondre et ses mémoires sont alors signifiés à sa requête aux avoués des parties.

6° *Conclusions d'audience, plaidoiries.* — Lorsque l'affaire est en état, les parties déposent conclusions. Ce dépôt de conclusions a pour effet de lier l'instance, de rendre le jugement à intervenir contradictoire. Souvent ce dépôt de conclusions précède de plusieurs jours les plaidoiries. Les affaires où il y a dépôt de conclusions sont inscrites à un rôle spécial appelé rôle d'audience.

Le dépôt de conclusions liant l'instance est applicable aux affaires où le Ministère public agit par voie d'action principale.

Lorsque l'affaire est appelée pour être plaidée, le Ministère public prend la parole à son rang, soit comme demandeur, soit comme défendeur. Il expose les moyens de droit et de fait. Après ces débats oraux, le tribunal statue par jugement.

7° *Mesures d'instruction préparatoires.* — Dans certaines affaires, pour éclaircir le débat, on a recours à des enquêtes, à des expertises, à des interrogatoires sur faits et articles, à des vérifications d'écritures.

Le Code de procédure règle la marche à suivre dans ces différents cas.

Nous ne pouvons entrer dans le détail de ces procédures.

Nous devons seulement indiquer que dans le cas où le Ministère public agit comme partie principale, on peut y recourir comme en toute autre matière. Le Ministère public remplit alors le rôle d'une partie ordinaire. En un mot, son rôle est celui de toute partie.

Dans certaines procédures, par exemple en cas d'instance pour interdiction, des règles spéciales ont été tracées par les articles 890 et suivants du Code de procédure civile.

L'instance débute par une délibération du conseil de famille de l'individu à interdire.

Il est ensuite procédé à un interrogatoire de cet individu.

Enfin, après que la délibération et l'interrogatoire ont été signifiés à l'intéressé, avec citation devant le tribunal,

il peut être procédé à une enquête sur les faits de nature à établir l'état de démence, d'imbécillité ou de fureur.

Le Ministère public, lorsqu'il est demandeur en cette matière, doit se conformer à ces règles.

8° *Jugements.* — En matière ordinaire, la partie qui succombe doit être condamnée aux dépens, (art. 130, C. pr. civ.). Cette disposition n'est pas applicable au Ministère public. C'est le Trésor public qui acquitte alors les frais faits par le Ministère public, et la partie adverse paie ceux qu'elle a faits, lors même qu'elle a gagné sa cause.

Il faut du reste remarquer ici que même dans le cas où le Ministère public agit comme partie principale, il n'est pas tenu, pour les divers actes de procédure, à faire l'avance des frais. Les actes sont faits sur papier libre, visé gratis pour timbre, et les frais sont avancés par le Trésor public, suivant les règles posées par le tarif du 18 juin 1807.

Ce principe est posé en ce qui concerne les instances en interdiction suivies d'office par le Ministère public, par les articles 117 et suivants du tarif. Les articles 121 et suivants du même tarif ont étendu à toutes les matières où le Ministère public agit d'office la même règle qui est en effet applicable à toute matière.

9° *Signification et exécution des jugements.* — Les jugements rendus en matière civile doivent être signifiés pour faire courir les délais d'opposition ou d'appel.

A cet effet la partie la plus diligente fait délivrer une grosse exécutoire du jugement.

Le Ministère public doit remplir cette formalité, lorsque le jugement a été rendu sur une instance où il est partie principale.

Il doit lever le jugement et à cet effet, adresser une réquisition au greffier de la Cour ou du tribunal.

Il doit également faire signifier le jugement à la partie adverse ; la signification a lieu à sa requête, par ministère d'huissier.

Il se conformera à cet égard aux règles posées par les articles 142 du Code de procédure civile (signification des qualités) et 147 du même Code (signification à avoué).

Le Ministère public doit également poursuivre l'exécution des jugements qu'il a obtenus comme partie principale.

Ainsi, si le jugement, conformément à l'article 1036 du Code de procédure civile, a ordonné certaines mesures de publicité (affichage ou impression), s'il a ordonné la suppression de certains écrits de la procédure comme diffamatoires ou calomnieux, le Ministère public doit faire exécuter ces dispositions. A cet effet, il lève une expédition du jugement et la transmet avec un réquisitoire à l'afficheur ou aux journaux; les frais d'affichage ou d'impression sont avancés par le Trésor public et payés sur un mémoire rendu exécutoire sur la réquisition du Ministère public. En matière d'interdiction, le jugement est soumis à certaines formalités de publicité dans l'intérêt des tiers. Il doit être signifié au défendeur et envoyé dans les dix jours à partir de l'époque où il est devenu définitif, au secrétaire de la chambre des notaires chez qui tous ses confrères sont tenus d'en prendre copie pour l'inscrire et l'afficher dans leurs

études (art. 18 de la loi du 25 ventôse de l'an XI, art. 175 du décret du 16 février 1807).

Il doit être affiché dans la salle d'audience par les soins du greffier (501 C. civ.).

Le Ministère public, lorsqu'il est demandeur en cette matière, doit veiller à l'accomplissement de ces formalités.

Telles sont les principales règles de procédure que doit observer le ministère public lorsqu'il est partie principale.

C. — *Quelles sont les voies de recours ouvertes au Ministère public, lorsqu'il agit comme partie principale, contre les jugements qui ont été rendus ?*

Cinq voies de recours sont ouvertes en général contre les jugements en matière civile :

L'opposition, l'appel, le pourvoi en cassation, la requête civile, la tierce opposition.

1^o Opposition. — Le Ministère public ne peut faire opposition à un jugement. Cela se comprend puisqu'il ne peut pas faire défaut.

2^o Appel. — Le Ministère public peut-il porter appel des jugements rendus dans les instances où il a figuré comme partie principale ?

L'affirmative est incontestable.

Le Ministère public doit alors se conformer quant aux délais et aux formes de l'appel aux règles ordinaires édictées par le Code de procédure (art. 443 et suiv.).

Seulement, l'acte d'appel signifié ne doit pas renfermer constitution d'un avoué.

Le Procureur Général est de droit constitué pour représenter le Ministère public dans l'instance d'appel. Après l'appel porté, le Procureur de la République près le tribunal de 1^{re} instance doit lui adresser les pièces du dossier cotées et inventoriées.

C'est contradictoirement avec le Procureur Général que se poursuit l'instance d'appel. Remarquons ici que le Procureur Général peut conclure devant la Cour suivant qu'il le juge utile, sans être lié par les conclusions de son substitut en première instance. Seulement, il ne peut annuler l'effet de l'appel. La Cour est saisie, elle doit prononcer. Le Ministère public ne peut, sur son appel, être condamné à l'amende (art. 471, C. pr. civ.),

3^e *Pourvoi en Cassation.*— Le Ministère public peut se pourvoir contre toutes les décisions rendues en dernier ressort dans les instances où il a figuré comme partie principale.

Il doit à cet égard se conformer aux règles et délais ordinaires.

Mais il est dispensé de consigner l'amende suivant l'obligation imposée à toute partie par la loi du 14 brumaire de l'an V, article 1.

Il est également dispensé de présenter à la Cour de Cassation le mémoire ou requête prescrit à toute partie ordinaire, par les lois du 27 ventôse an VIII, article 94, et par le décret du 25 juin 1806, requête émanant de l'un des avocats à la Cour de Cassation, dont le ministère est obligatoire.

Le Ministère public se borne à transmettre, lorsqu'il se pourvoit en cassation, les pièces au Garde des Sceaux qui les adresse lui-même au Procureur Général près la

Cour de Cassation, chargé de défendre d'office toutes les affaires où le Ministère public a été partie principale (art. 89 de la loi du 27 ventôse de l'an VIII).

4° *Requête civile.* — L'article 480 du Code de procédure énumère les cas dans lesquels il y a ouverture à requête civile.

Le Ministère public a le droit d'user de cette voie de recours dans les cas où il aurait eu le droit d'agir par voie d'action principale. Cela résulte des articles 481 et 494 du Code de procédure civile. Il doit alors se conformer aux formes et délais ordinaires (art. 483, C. pr. civ., délais, 491 et suiv. formes).

Mais il est dispensé : 1° De la consignation de l'amende prescrite par l'article 492 du Code de procédure civile. 2° De la consultation préalable de trois avocats, prescrite par l'article 495 du même Code.

La requête civile du Ministère public, comme celle de toute partie, doit être portée devant le tribunal qui a rendu le jugement attaqué (art. 491 C. pr. civ.).

Le Ministère public qui succombe sur la requête civile ne peut être condamné ni à l'amende ni aux dommages-intérêts édictés par l'article 500 du Code de procédure civile.

5° *Tierce-opposition.* — L'article 474 du Code de procédure civile indique dans quels cas il y a lieu à tierce-opposition.

Les articles suivants indiquent les formes à suivre sur ce mode de recours et les peines à prononcer en cas de rejet.

Le Ministère public peut-il, dans les cas où il aurait pu agir comme partie principale, user de la tierce-opposition ?

Oui. Il ne faut pas tirer argument de cette circonstance que dans toute instance le Ministère public est représenté à l'audience. Bien que présent à l'audience, on ne peut dire en effet qu'il ait été représenté à l'instance, s'il n'a pas figuré comme partie principale. Le jugement n'a pas alors en effet été rendu contradictoirement avec lui.

Le droit du Ministère public à user de la tierce-opposition a été consacré implicitement par un arrêt de la Cour de la Caen du 16 août 1876 (V. Dalloz, V^o *Tierce-opposition*, n^{os} 104 et 105).

Quant aux formes de la tierce-opposition, le Ministère public doit les observer de même que toute autre partie. Mais en cas de rejet, il ne peut être condamné ni à l'amende, ni à des dommages-intérêts, conformément à l'article 479 du Code de procédure civile.

Telles sont les voies de recours ouvertes au Ministère public contre les jugements rendus dans les matières où il peut agir par voie d'action principale.

Observons en terminant que les divers actes signifiés à la requête du Ministère public dans ces différents cas sont faits sur papier libre, visé gratis pour timbre et que l'avance des frais est fait par le Trésor public conformément au tarif du 18 janvier 1811 (argument de l'art. 121 du même tarif).

Le Ministère public peut-il intervenir comme partie principale dans les instances engagées entre parties privées relativement aux matières où le droit d'action directe et d'office lui est attribué ?

Oui, évidemment. Le droit d'action implique comme conséquence le droit d'intervention. Le Ministère public intervient par un réquisitoire notifié à sa requête aux parties en cause et à partir de cet acte, il devient lui-même partie au procès. L'instance se poursuit contradictoirement avec lui.

APPENDICE

Pour terminer sur cette première partie des attributions du Ministère public en matière civile, nous allons nous occuper de deux cas spéciaux où le Ministère public figure aux instances civiles comme partie principale, soit comme demandeur, soit comme défendeur.

Nous avons réservé ces deux cas parce qu'ils présentent un caractère particulier et que notamment la procédure à suivre n'est pas absolument celle que nous avons déterminée.

1° En matière d'actions domaniales ;

2° En matière de conflits, le Ministère public à des attributions étendues.

1° Actions intéressant le domaine public

On entend ici par domaine public non pas seulement les biens insusceptibles d'une propriété privée, les *res nullius* dans le sens de l'article 538 du Code civil, mais encore l'ensemble de tous biens constituant la propriété proprement dite de l'Etat, c'est-à-dire tous les biens meubles ou immeubles, tous les droits réels ou autres que l'Etat possède à quelque titre que ce soit (art. 1 de la loi du 22 nov. 1^{er} déc. 1790).

En pareille matière, ce sont les Préfets qui intentent ou soutiennent comme défendeurs les actions intéressant l'Etat. C'est ce qui résulte : 1° De l'article 3 de la loi du 28 pluviôse an VIII qui investit les Préfets d'un droit d'administration général ; 2° De l'article 69 § 1 du Code de procédure civile, d'après lequel, lorsqu'il s'agit du Domaine et des droits domaniaux, l'Etat doit être assigné en la personne du Préfet du département où siège le tribunal devant lequel l'instance est engagée ; 3° D'un grand nombre de décisions du Conseil d'Etat, notamment d'un arrêté du 18 mai 1837, affaire Passelat (Dalloz V° *Domaine de l'Etat*, n° 300).

Les Préfets agissant en cette matière au nom de l'Etat, peuvent s'ils le veulent, recourir au ministère d'un avoué et dans ce cas, le Ministère public est simplement partie jointe à l'instance. Les Préfets peuvent aussi se dispenser de recourir à ce ministère.

Le Ministère public est alors investi de fonctions spéciales. Il n'agit pas d'office dans l'intérêt de l'Etat, mais il peut être chargé de représenter les Préfets devant les cours ou tribunaux. Cette attribution ne lui est conférée qu'en vertu d'un mandat, d'un pouvoir du Préfet.

Les règles à cet égard ont été posées par un arrêté du 10 thermidor an IV, par la loi du 17 frimaire de l'an VI, article 4, par les lois du 27 ventôse an VIII et 7 messidor an IX, enfin par une circulaire ministérielle du 23 mars 1822.

Le Ministère public ainsi constitué le défenseur de l'Etat, n'est tenu de rédiger aucun acte de procédure. Les pièces, mémoires ou conclusions lui sont transmises par le Préfet. Le Ministère public est seulement chargé de produire et de lire ces mémoires à l'audience.

Ils sont signifiés à sa diligence aux parties intéressées ; mais les significations ainsi faites doivent mentionner qu'elles ont lieu à la requête du Préfet représentant l'Etat. De même les écrits ou défenses des parties peuvent être signifiés au parquet, mais il doit être indiqué que c'est au Préfet que la signification est faite. Il y a seulement élection de domicile au parquet par le Préfet, pour recevoir ces significations.

Ainsi en cette matière le Ministère public n'exerce pas à vrai dire l'action. Il représente le Préfet, qui seul exerce l'action domaniale ou y défend. Le Ministère public n'est qu'un intermédiaire, il n'est pas *dominus litis*.

Le ministère public ne pourrait porter appel en cette matière ou se pourvoir en cassation ; c'est au Préfet seul que ce droit est dévolu ; cette conséquence dérive du principe qu'il est seul maître de l'action.

2° Conflits

La procédure des conflits a été réglée par une ordonnance du 1^{er} juin 1828.

Qu'est-ce qu'un conflit ?

On appelle ainsi la contradiction qui s'élève entre deux autorités, relativement aux attributions respectives de leur compétence pour statuer sur une même affaire.

Il faut distinguer le conflit de juridiction et le conflit d'attribution.

Dans le premier cas, la dissidence s'élève entre deux juridictions de même ordre, c'est-à-dire entre deux juridictions judiciaires ou entre deux juridictions administratives. La contradiction sur la compétence donne lieu

alors à un règlement de juges. Ce cas est réglé en ce qui concerne les corps judiciaires par le Code de procédure civile (art. 363 et suiv.).

Le conflit d'attribution est celui qui s'élève entre deux juridictions d'ordre différent, c'est-à-dire entre une juridiction judiciaire et une juridiction administrative. Ces sortes de conflits sont tranchés par un tribunal spécial, connu sous le nom de tribunal des conflits.

Le principe qui domine cette matière est le principe de la séparation des pouvoirs, posé par l'article 13 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 et par la loi du 16 fructidor de l'an III, et en voici la principale application. Les tribunaux peuvent appliquer les actes administratifs, mais ils ne peuvent les interpréter. Cette interprétation appartient exclusivement aux corps administratifs.

Quelles sont en cette matière les attributions du Ministère public ?

On peut dire d'une façon générale qu'il représente le pouvoir public et qu'il doit assurer l'application du principe que nous venons de poser. Ainsi, quand une affaire déferée aux tribunaux lui paraît présenter un caractère administratif, il doit avertir le Préfet, le mettre à même d'élever le conflit (circulaire du 6 frimaire de l'an VI — 5 juillet 1828 — 2 octobre 1828). Il pourrait même, d'office, proposer l'exception d'incompétence qui est d'ordre public (art. 170 C. pr. civ.).

De plus, des attributions spéciales lui ont été conférées quant à la procédure du conflit.

Voici les règles à cet égard. La procédure comprend plusieurs phases :

Première phase. — Lorsque le Préfet est informé qu'une affaire déferée à un tribunal présente un caractère administratif, il peut adresser au Ministère public un mémoire appelé déclinatoire, indiquant la loi d'après laquelle la connaissance du litige est réservée à l'administration et demandant le renvoi de l'affaire devant la juridiction compétente (art. 6, § 1 de l'ordonnance de 1828 précitée).

D'après le paragraphe 2 de cet article, « le Ministère public doit, dans tous les cas, faire connaître au tribunal la demande formée par le Préfet. »

« Dans tous les cas » c'est-à-dire quelle que soit la régularité ou la forme du déclinatoire, et lors même que ce déclinatoire ne lui paraîtrait pas fondé.

L'article ajoute que le Ministère public doit requérir le renvoi, si la revendication lui paraît fondée.

Après avoir présenté le mémoire, le Ministère public a donc rempli son obligation. Il peut présenter sur l'opportunité de la revendication telles observations qu'il jugera utiles.

Notons ici que le déclinatoire peut être présenté quelle que soit la hauteur de l'instance, en appel, comme en première instance.

Deuxième phase. — Quand le tribunal a statué sur le déclinatoire, le Ministère public doit, dans les cinq jours de la date du jugement, adresser au Préfet une copie de ses conclusions et une expédition du jugement rendu (art. 7 de l'ordonnance de 1828).

Sur cette communication, dans la quinzaine de l'envoi, le Préfet peut, si le déclinatoire a été rejeté par le tribunal, prendre un arrêté de conflit (art. 8, § 1 de l'ord.

de 1828). Il a le même droit si, le déclinatoire ayant été admis, la partie figurant à l'instance a porté appel du jugement d'incompétence. Le délai de quinzaine court alors de la signification de l'acte d'appel (même article).

Dans ce même délai de quinzaine, l'arrêté de conflit doit être déposé au greffe de la juridiction qui a statué sur le déclinatoire. Il en est donné un récépissé sur papier libre par le greffier ; ce récépissé doit être visé par le Ministère public (circulaire du 5 juillet 1828).

L'arrêté est ensuite remis au Ministère public qui le communique au tribunal réuni en chambre du conseil et requiert qu'il soit sursis à toute procédure judiciaire (art. 12 de l'ord. de 1828).

Après cette communication, l'arrêté et les pièces sont rétablis au greffe et doivent y rester pendant un délai de quinzaine. Le Ministère public doit en prévenir les avoués et les parties qui peuvent en prendre communication et, dans le même délai, remettre au Parquet leurs observations sur la compétence avec les documents à l'appui (art 13 de l'ord. de 1828).

L'effet de la communication de l'arrêté de conflit au tribunal est de l'obliger à surseoir au jugement de l'affaire.

S'il passait outre, ses jugements devraient être annulés et considérés comme nonavenus : il y a en ce sens de nombreuses décisions de la Cour de cassation du Conseil d'Etat.

De plus, les juges ayant concouru au jugement encourraient dans ce cas certaines peines édictées par les articles 127 et 128 du Code pénal.

Après l'accomplissement de ces diverses formalités, le Ministère public doit en informer le Garde des Sceaux et

lui transmettre les diverses pièces relatives à l'affaire (art. 14 de l'ord. de 1828). Il est adressé dans les vingt-quatre heures par le Garde des Sceaux au Procureur de la République un récépissé (art. 14 précité).

Voilà l'ensemble des attributions du Ministère public en cette matière. Il est le représentant du pouvoir public ; il sert d'intermédiaire entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire.

Pour assurer l'exact accomplissement des formalités qui viennent d'être énumérées, l'ordonnance de 1828 précitée et une circulaire du 5 juillet 1828 ont prescrit la tenue dans les parquets d'un registre spécial où doivent être notées, pour chaque procédure de conflit :

1° La date de l'envoi du déclinaire.

2° La date de la présentation par le Ministère public de ce mémoire au tribunal.

3° La date de l'envoi au Préfet, du jugement sur le déclinaire.

4° La date de la signification de l'appel.

5° La date du dépôt au greffe de l'arrêté de conflit et du récépissé délivré au Préfet.

6° La date de la remise de cet arrêté au Ministère public par le greffier.

7° La date de la communication de cet arrêté au tribunal.

8° La date du rétablissement des pièces du greffe.

9° La date de l'avis donné aux parties et à leurs avoués.

10° La date de la remise au parquet des observations des parties.

11° Enfin, la date de l'envoi des pièces au Ministère de la Justice.

D'après une circulaire du 10 novembre 1837, une copie de ce registre doit être jointe aux pièces dans toute procédure de conflit afin qu'il soit possible de vérifier si les délais ont été observés.

§ 2. — Des cas dans lesquels le Ministère public agit comme partie principale, par voie de simple requête

Dans les divers cas dont nous nous sommes occupés jusqu'à présent, le Ministère public, lorsqu'il agit comme partie principale, doit provoquer un débat contradictoire avec les intéressés.

Il y a là une véritable instance contentieuse engagée devant le tribunal ; deux adversaires sont en présence, le Ministère public d'une part, et d'autre part la partie privée dont l'intérêt est plus ou moins mis en péril par l'action du Ministère public.

Mais en dehors de ces cas, il y en a d'autres où l'action du Ministère public ne donne pas lieu à ce débat contradictoire. Il s'agit des mesures d'intérêt exclusivement général ou de mesures qui ne peuvent affecter les intérêts privés.

Le Ministère public n'est pas tenu alors de mettre en cause un adversaire qui n'existe en réalité pas.

Il agit seul, sans que son action rencontre un contradicteur.

Il n'a pas à suivre les règles de procédure que nous avons tracées, pas d'ajournement à faire donner, pas d'instruction contradictoire à faire.

Il s'adresse directement au tribunal et le saisit de son action, de sa demande, par une requête.

D'après l'usage admis dans un certain nombre de ressorts, cette requête adressée aux magistrats qui composent le tribunal et signée par un membre du Parquet est présentée au Président du tribunal qui commet un juge pour examiner les pièces et faire un rapport. Sur ce rapport, le tribunal statue sur l'action du Ministère public, admet sa demande ou la rejette.

Dans la requête qu'il adresse ainsi au tribunal, le Ministère public doit indiquer 1° les faits qui donnent naissance à son action ; 2° les textes de loi qui l'autorisent à agir. Il doit enfin, sous cette formule : nous requérons qu'il plaise au tribunal, indiquer en termes précis l'objet de sa demande.

Dans quels cas le Ministère public est-il autorisé à agir ainsi par voie de requête ?

On peut répondre d'une façon générale, que le Ministère public peut provoquer sous cette forme toutes les mesures présentant un caractère d'utilité publique ou générale, toutes les fois qu'un intérêt privé ne doit pas être atteint d'une façon directe.

Les observations que nous avons présentées ci-dessus relativement au droit général d'action attribué au Ministère public, dans les matières qui intéressent l'ordre public, sont également applicables au point de vue plus restreint dont nous avons maintenant à nous occuper.

Le droit du Ministère public est le même dans tous les cas, soit qu'il introduise une instance véritable, par voie d'ajournement, soit qu'il présente une simple requête. Le mode de procéder seul varie.

Passons à l'examen des cas principaux où le Ministère public agit ainsi par voie de simple requête.

1° État civil

Nous avons vu qu'en cette matière le Ministère public devait agir d'office :

1° Lorsque les parties qui pourraient elles-mêmes provoquer l'instance sont dans l'indigence.

2° Lorsque l'ordre public est intéressé.

Nous ne reviendrons pas sur les explications que nous avons fournies à ce sujet ; nous voulons seulement présenter quelques observations complémentaires.

A. — En cette matière, le Ministère public agit parfois par voie d'instance contradictoire, lorsque la mesure qu'il sollicite (rétablissement ou rectification d'un acte de l'état civil) doit porter une atteinte grave à l'état civil établi d'une personne, mais le plus souvent cette éventualité ne se présente pas. Les changements que doit subir l'acte dont le Ministère public poursuit la rectification ne sont pas ordinairement de nature à changer l'état des personnes ; l'acte que le Ministère public demande à faire rétablir n'a le plus souvent pour effet possible que de consacrer une situation de fait certaine, notoire.

Le Ministère public doit alors, et ce sont les cas les plus nombreux, agir par voie de simple requête. Il doit seulement s'attacher à appuyer sa requête sur des documents certains, de nature à éclairer la religion du tribunal, et il doit se livrer à cet égard à des recherches complètes.

Si les documents présentés à l'appui de la requête sont insuffisants, si le fait allégué par le Ministère public, pour motiver soit la rectification poursuivie, soit le rétablissement d'acte omis demandé, n'est pas établi, le tribunal peut surseoir à statuer jusqu'à la production de documents plus complets. Il peut par exemple ordonner l'audition de témoins qui sont alors assignés par le Ministère public, taxés par ses soins après audition. Ces sortes d'enquêtes sont faites en chambre du Conseil, en présence du Ministère public, et il en est dressé procès-verbal. Les frais sont avancés par le Trésor (art. 121 et 122 du tarif du 18 janvier 1811).

B. — Lorsqu'il s'agit d'indigents, le Ministère public ne doit recourir à la procédure dont nous nous occupons, qu'autant qu'il y a une nécessité reconnue et certaine.

Ainsi dans tous les cas où un acte a été omis, cette nécessité ne se présente pas au même degré. Un indigent veut par exemple contracter mariage ; il ne peut produire son acte de naissance ; il n'en a pas été dressé. Le Ministère public doit-il s'adresser au tribunal pour faire rendre un jugement qui tiendra lieu d'acte de naissance ? Non. Une procédure spéciale a été pour cette hypothèse organisée par les articles 70 et suivants du Code civil. L'acte de naissance peut être suppléé par la production d'un acte de notoriété dressé par le juge de paix, sur la déclaration de sept témoins et homologué par le tribunal. S'il s'agit d'indigents, cet acte de notoriété est dressé sans frais conformément à la loi du 10 décembre 1850, sur papier libre. L'homologation en est prononcée par le tribunal sur la demande du Ministère public qui présente à cet effet une requête, dans la forme indiquée ci-dessus

(art. 3 de la loi du 10 décembre 1850 précitée). Une expédition du jugement est par ses soins délivrée et remise aux intéressés.

De même dans les cas où les actes de l'état civil contiennent des irrégularités, il n'est pas toujours nécessaire d'en poursuivre la rectification. L'avis du Conseil d'Etat du 30 mars 1808 renferme à ce sujet d'utiles instructions. D'après cet avis, lorsque certaines irrégularités (omission de noms ou de prénoms, différence d'orthographe dans ces noms ou prénoms), se rencontrent dans les actes dont la production est nécessaire pour le mariage, il n'est pas nécessaire d'en poursuivre la rectification judiciaire. Il suffit alors que l'identité des parties soit attestée lors de la célébration du mariage, soit par leurs père ou mère, aïeuls ou aïeules présents au mariage, soit par le conseil de famille en cas de minorité, soit enfin par les témoins ou les parties elles-mêmes.

L'acte de célébration du mariage doit énoncer les termes dans lesquels cette attestation est donnée.

Un avis du Conseil d'Etat du 4 thermidor de l'an XIII indique également comment dans certains cas il peut être suppléé, pour le mariage, à la production de l'acte de décès des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

Donc, en matière de rétablissement ou de rectification d'actes de l'état civil concernant les indigents, le Ministère public doit avant d'agir, examiner si le rétablissement ou la rectification d'acte par jugement est indispensable. S'il n'y a pas d'utilité reconnue, c'est-à-dire s'il peut être suppléé à l'acte ou à l'irrégularité dont il est entaché, par l'un des moyens ci-dessus énumérés, le Ministère public doit s'abstenir de saisir le tribunal.

C. — De même, lorsque le Ministère public doit invoquer en cette matière l'ordre public, il doit être circospect et bien examiner si vraiment son action est commandée par l'intérêt général. Un intérêt privé, quelque respectable qu'il fut, ne serait pas suffisant. Il devrait alors laisser aux intéressés le soin de se pourvoir.

Aux cas que nous avons précédemment énumérés comme intéressant l'ordre public, il convient de rattacher les dispositions de la loi du 6 janvier 1872, article 3. D'après cet article, le Ministère public est investi d'un droit spécial de provoquer d'office la reconstitution de tous les actes de l'état civil perdus ou omis dans la période écoulée depuis le 4 septembre 1870 jusqu'à la promulgation de la loi.

Deux circulaires du 8 octobre 1872 et du 2 mars 1874, ont indiqué que d'une façon toute particulière, cette loi attribuait au Ministère public le droit de provoquer d'office la reconstitution des actes de décès s'appliquant aux militaires morts pour la défense du pays. C'est par voie de requête ordinaire, que le Ministère public doit saisir en ce cas le tribunal. Mais il ne le doit faire qu'autant que le décès lui paraît attesté par des documents certains. Autrement, il devrait laisser aux parties intéressées le soin de se pourvoir elles-mêmes conformément aux dispositions de la loi du 13 janvier 1817, remise en vigueur par la loi du 9 août 1871.

Signalons enfin le cas prévu par la loi des 19-23 juillet 1871.

La loi des 19-23 juillet 1871 ordonne que tous les actes de l'état civil reçus depuis le 18 mars 1871 à Paris et dans le département de la Seine par tous autres que les

officiers compétents, soient bâtonnés ; les déclarations de naissance devaient être renouvelées dans le délai de trente jours ; sinon elles ne pouvaient être constatées que par jugement, à la requête des parties ou du Ministère public.

D. — Notre dernière observation est relative au mode d'exécution des jugements rendus en matière d'actes de l'état civil, à la requête du Ministère public.

Dans aucun cas il ne peut être apporté un changement aux registres établis. Ainsi, un acte omis ne peut être intercalé à sa date sur les registres de l'année à laquelle il appartient. De même, l'acte irrégulier rectifié par jugement ne doit subir aucun changement.

Voici comment l'on procède :

Le jugement qui rétablit un acte omis ou qui rectifie un acte irrégulier doit être transcrit *in extenso* sur les registres de l'année courante. De plus il doit en être fait mention soit en marge de l'acte rectifié, soit en marge de l'acte le plus rapproché en date de l'acte omis.

Cette mention doit être faite sur les doubles (art. 101 C. civ., 857 C. pr. civ.).

Le Ministère public doit, lorsqu'il est demandeur en cette matière, veiller à l'accomplissement de ces formalités.

2° Absence

Pour déterminer quels sont les devoirs du Ministère public en matière d'absence, il faut préciser ce que l'on doit entendre par un absent.

On distingue les non-présents et les absents proprement dits.

Les non-présents sont les individus dont l'existence n'est pas incertaine, mais dont la résidence actuelle n'est pas connue.

L'absent est celui dont la résidence et l'existence même sont incertaines.

Vis-à-vis des simples non-présents, il peut être nécessaire de pourvoir à des nécessités particulièrement urgentes, de prendre par exemple pour la conservation de leurs biens des mesures conservatoires.

Qui peut provoquer ces mesures ?

La question est délicate. Cependant il est admis par la plupart des auteurs que dans ce cas le tribunal peut être à cet égard saisi par les personnes intéressées à la conservation des droits en péril.

Le Ministère public a-t-il qualité pour agir lui-même, en ce cas, d'office ?

M. Demolombe (page 29, de l'*Absence*), admet l'affirmative, en se fondant sur l'article 3 du titre 8 de la loi des 16-24 août 1790, qui charge le Ministère public de veiller pour les absents indéfendus. (Contra. Ortolan et Ledeau, tome I, ch. 3, p. 132).

Cette solution est contestable et dans tous les cas, il faut reconnaître que, en ce qui concerne les simples non-présents, le Ministère public ne devrait agir d'office qu'avec la plus grande réserve, avec la plus extrême circonspection.

L'action du Ministère public, pour provoquer des mesures conservatoires dans l'intérêt des non-présents, devrait être introduite par voie de requête.

Quant aux absents, il faut distinguer au point de vue des attributions actives du Ministère public, deux périodes :
1° La présomption d'absence ; 2° la déclaration d'absence.

1° *Présomption d'absence*. — D'après l'article 112 du Code civil, la présomption d'absence est déclarée par le tribunal, sur la requête des parties intéressées, et le tribunal peut alors pourvoir à l'administration des biens du présumé absent.

L'article 113 indique également pour un cas spécial, (celui où le présumé absent est intéressé dans un inventaire, un compte, un partage, une liquidation) que le tribunal peut à la requête de la partie la plus diligente, commettre un notaire pour représenter l'absent dans ces diverses opérations.

Le Ministère public peut-il. 1° Faire déclarer la présomption d'absence; 2° provoquer la nomination d'un curateur aux biens de l'absent ou d'un notaire, dans le sens de l'article 113 précité ?

La question est controversée.

Deux opinions se sont fait jour et la dissidence vient de la rédaction de l'article 114 du Code civil, ainsi conçu : « Le Ministère public est spécialement chargé de veiller « aux intérêts des personnes présumées absentes ; il « sera entendu sur toutes les demandes qui les con- « cernent. »

Les partisans d'un premier système refusent de voir dans l'article 114 une disposition législative suffisante pour autoriser le Ministère public à agir d'office, celui-ci ne devant le faire selon eux que quand ce droit lui est formellement reconnu par un texte. Puis, rapprochant l'absent du mineur et de l'interdit, ils font observer que c'est seulement par la voie de la réquisition que le Procureur de la République intervient, quand il s'agit de ces derniers ; la situation de l'absent, disent-ils, est la même que la leur. Elle n'est ni plus, ni moins digne d'intérêt.

Nous sommes partisan du second système lequel raisonne ainsi : D'après l'article 114 du Code civil, le Ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes. En lui confiant ce devoir, la loi a dû nécessairement lui conférer le moyen indispensable pour exercer cette surveillance. Ce moyen est évidemment, dans cette circonstance, le droit d'agir d'office. Quant au rapprochement que l'on prétend faire entre les mineurs ou interdits et les absents, il paraîtra sans valeur sérieuse si l'on veut considérer que les intérêts des uns sont sauvegardés par les tuteurs ou curateurs dont ils sont pourvus, tandis que les autres n'ont pas de représentants légaux. Enfin, les articles 120 et 123 du Code civil, incompatibles avec le premier système, sont un nouvel argument à l'appui de celui que nous exposons et auquel nous nous rallions.

Ce système est généralement admis par la doctrine (Demolombe, de l'absence, p. 45 ; Demante, Tome 1, n° 143 *bis*, 1 ; Aubry et Rau, Tome 1, p. 596 ; Massé et Vergé, Tome 1, p. 137 ; Duvergier sur Toullier, Tome 1, n° 395, note *a* ; Ortolan et Ledeau, Tome 1, p. 135 et suiv. ; Debacq, p. 164. Conf. Cour de Metz, 15 mars 1823, Syrey, 23-2-307).

Le Ministère public peut donc, d'office, faire constater l'état de présomption d'absence et provoquer dans les termes des articles 112 et 113 la nomination soit d'un curateur aux biens de l'absent, soit d'un notaire chargé de le représenter.

A cet effet il présente au tribunal, dans la forme indiquée ci-dessus, une requête sur laquelle il est statué après rapport d'un juge commis (art. 859 Code procédure civile).

C'est le Procureur de la République du tribunal du dernier domicile de l'absent qui devra provoquer les mesures conservatoires nécessaires. (Demante, tome 1, p. 238).

Mieux qu'aucun autre, ce tribunal est à même de vérifier le fait de présomption d'absence, la date de la disparition, et de pourvoir, s'il y a lieu, par une mesure générale, à l'administration des biens, par cela même qu'il est placé au siège des affaires. En outre, si l'on admettait la compétence du tribunal de la situation des biens, on s'exposerait à multiplier les décisions au cas où par exemple ces biens seraient situés dans divers arrondissements.

2° Déclaration d'absence. — L'absence peut être déclarée lorsqu'il s'est écoulé un délai de quatre ans depuis les dernières nouvelles reçues du présumé absent (art. 115, C. civ.). Ce délai est élevé à dix ans, lorsque le présumé absent avait laissé une procuration (art. 121, C. civ.).

Le ministère public peut-il faire déclarer l'absence dans les termes de ces deux articles?

Non incontestablement. La déclaration d'absence est en effet une mesure dirigée contre l'absent; le Ministère public, chargé de veiller sur les droits de cet absent, ne peut la provoquer.

Le Ministère public est cependant partie principale dans toute instance en déclaration d'absence. Mais il y figure comme défendeur; il défend contre les demandeurs les intérêts de l'absent.

Cette instance est introduite par une requête de la partie intéressée, adressée au président, et sur laquelle

il est statué par le tribunal, d'après un rapport d'un juge commis et sur les conclusions du Ministère public.

Sur cette requête il intervient un premier jugement qui doit ordonner une enquête (art. 116 C. civ.). Cette enquête ne peut être faite que contradictoirement avec le Ministère public.

Le jugement de déclaration d'absence ne peut être rendu qu'un an après ce premier jugement (art. 119 C. civ.).

Après le jugement de déclaration d'absence, les héritiers présomptifs de l'absent, les légataires institués d'après son testament, lequel est ouvert à la réquisition des intéressés ou du Ministère public, en un mot tous ceux qui avaient des droits subordonnés à la preuve de son décès, peuvent se faire envoyer en possession provisoire de ses biens (art. 120, 121 C. civ.), ou exercer provisoirement les droits qui leur sont attribués (art. 123 C. civ.). La loi a organisé pour cette période tout un système de garanties destinées à assurer la restitution, le cas échéant, à l'absent, s'il vient à réparaître, de son patrimoine. Nous n'indiquerons ici parmi ces garanties que celles qui se rapportent aux attributions du Ministère public.

A. — Les envoyés en possession provisoire ou autres exerçant provisoirement des droits, doivent fournir caution de leur jouissance (art. 120-123-124, C. civ.). Cette caution doit être reçue par le tribunal, en présence du Ministère public (arg. de l'art. 114, C. civ.). La procédure de réception des cautions est indiquée par les articles 517 et suivants du Code de procédure civile.

B. — La consistance des biens meubles sur lesquels porte l'envoi en possession doit être constatée par un

inventaire qui est fait en présence du Procureur de la République ou d'un juge de paix requis par ce magistrat (art. 126, C. civ.).

C. — Les immeubles sont visités par un expert nommé par le tribunal. Le rapport de cet expert est homologué en présence du Ministère public (art. 126, C. civ.). Mais cette mesure n'est pas, comme les deux précédentes, obligatoire; elle est facultative. Il n'y est procédé que si les envoyés en possession le requièrent.

Ainsi, à partir de l'envoi en possession provisoire, le Ministère public n'exerce plus, à proprement parler un droit d'action, il exerce un droit de contrôle, une surveillance dans l'intérêt de l'absent dont les intérêts ne cessent pas de lui être confiés.

Ce contrôle et cette surveillance ne cessent qu'après l'envoi en possession définitif prononcé conformément à l'article 129 du Code civil (30 ans après l'envoi en possession provisoire, ou 100 ans depuis la naissance de l'absent).

Pour terminer sur cette matière, nous avons à nous occuper d'une loi spéciale qui a réglé la procédure à suivre relativement aux militaires disparus pendant la guerre de 1870-1871.

Cette loi est datée du 9 août 1871; elle remet en vigueur les dispositions de la loi du 13 janvier 1817.

Elle a eu pour but et pour effet :

1° D'abrégé les délais après lesquels, d'après le Code civil, l'absence peut être, en thèse ordinaire, déclarée et l'envoi en possession prononcé;

2° De simplifier la procédure à suivre. L'enquête, obligatoire d'après l'article 116 du Code civil, n'est que facultative d'après l'article 4 de la loi de 1817.

Le rôle du Ministère public, d'après cette loi, est considérable. Il ne peut jamais être demandeur. Cette faculté est attribuée d'une façon exclusive, d'après l'article 1 de la loi, aux héritiers présomptifs, à l'épouse du militaire ou marin disparu, ou à certains ayants droit énumérés par l'article 11. Le Ministère public ne peut donc agir d'office. Une circulaire du Garde des Sceaux, du 2 mars 1874, renferme à cet égard des dispositions fort nettes et fort précises.

Le Ministère public est seulement partie à l'instance, elle se poursuit contradictoirement avec lui comme défendeur. C'est lui qui reçoit au début communication de la requête et des pièces, et qui, pour assurer la publicité, les transmet au Ministre de la Justice.

C'est à lui que ces documents sont plus tard renvoyés avec les renseignements ou actes recueillis par les soins du Ministère de la Justice.

D'après ces renseignements, il donne ses conclusions sur la suite dont la requête est susceptible et dépose les pièces au greffe, avec avis à l'avoué des parties requérantes.

Les enquêtes, dans le cas où elles sont ordonnées, sont faites contradictoirement avec lui.

Enfin, il a le droit général de porter appel de tous les jugements interlocutoires ou définitifs. (art. 8 de la loi de 1817).

3° Successions vacantes

Parmi les cas où le Ministère public agit d'office, comme partie principale, par voie de requête, on peut citer les successions vacantes.

Une succession est vacante quand il n'y a pas d'héritiers connus et que personne ne la réclame, ou que les héritiers connus y ont renoncé (art. 811 C. civ.).

D'après l'article 812 du Code civil, le Ministère public est chargé de requérir du tribunal dans l'arrondissement duquel une succession vacante est ouverte, la nomination d'un curateur chargé d'administrer et de gérer cette succession.

Cette mesure intéresse en effet l'ordre public. Il est de l'intérêt général que les biens ne restent pas abandonnés.

Les requêtes présentées par le Ministère public en cette matière doivent, dans leur dispositif, d'après une circulaire du Garde des Sceaux en date du 26 mai 1842, renfermer l'énumération des diverses fonctions conférées au curateur et des obligations qui lui sont imposées quant à l'inventaire, quant à la consignation de toutes les sommes qu'il pourrait toucher, etc.

Après la nomination du curateur, le Ministère public qui a provoqué cette nomination doit lui transmettre une expédition du jugement.

En cas de refus de la part du curateur le Ministère public peut de nouveau saisir le tribunal.

La nomination d'un curateur ne peut être requise qu'après les délais accordés par la loi pour faire inventaire et délibérer. L'article 998 du Code de procédure civile est formel à cet égard, ainsi que l'article 811 du Code civil.

Observation. — Il ne faut pas appliquer les principes suivis pour les successions vacantes aux successions en deshérence. Les formes à suivre vis-à-vis de ces dernières sont indiquées par les articles 769 et 770 du Code civil.

Le Ministère public n'a en cette matière aucune action à exercer d'office. Il doit seulement être entendu avant le jugement qui prononce l'envoi en possession au profit de l'Etat, des biens en deshérence (art. 770, C. civ.).

4° Aliénés

Nous parlons ici des aliénés non interdits qui sont simplement enfermés dans un asile.

La situation de ces aliénés a été réglée par la loi du 30 juin 1838.

Le Ministère public à vis-à-vis des aliénés non interdits de cette catégorie des devoirs généraux à remplir. Nous n'avons pas à nous en occuper ; ce sont des attributions administratives. Qu'il nous suffise de dire que ces devoirs généraux se rapportent à la surveillance des établissements d'aliénés et aux mesures à prendre pour prévenir ou faire cesser les séquestrations non justifiées.

Mais au point de vue des actions judiciaires proprement dites, le Ministère public est également investi, en cette matière, de certaines attributions.

1° Le Ministère public peut d'office provoquer la nomination d'un administrateur aux biens de l'aliéné (art. 32 de la loi du 30 juin 1838).

2° Il peut également provoquer la nomination d'un mandataire *ad litem* (art. 33, loi précitée).

3° Il peut encore provoquer la nomination d'un curateur à la personne de l'aliéné (art. 38 *idem*).

Ces diverses mesures sont prises par le tribunal sur simple requête du Ministère public. Cependant, en ce qui concerne l'administrateur provisoire aux biens, il ne peut

être ainsi nommé qu'après une délibération du conseil de famille (art. 32 *idem*).

4° Enfin, l'article 29 de la loi de 1838 prévoit un dernier cas où le Ministère public agit d'office en faveur des aliénés non interdits. Il peut se pourvoir devant le tribunal du lieu de l'établissement où une personne non interdite est détenue comme aliénée, pour provoquer la mise en liberté de cette personne. Il présente à cet effet une requête au tribunal qui, après les vérifications nécessaires, statue sans délai en chambre du conseil.

5° Expropriation pour cause d'utilité publique

Les règles générales en matière d'expropriation sont posées par la loi du 3 mai 1841.

Nous n'avons pas ici à entrer dans le détail des formalités à remplir. Nous devons nous borner à indiquer quel est le rôle spécial du Ministère public.

Lorsque toutes les formalités préalables à l'expropriation prescrites par l'article 2 du titre I de la loi et par le titre II de cette même loi ont été accomplies, les pièces sont transmises par le Préfet au Procureur de la République près le tribunal dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Le Ministère public doit soigneusement vérifier si toutes les formalités ont été remplies. Si quelque-une d'entre elles n'avait pas été observée, il devrait renvoyer le dossier au Préfet, en lui signalant l'irrégularité.

Si les pièces sont régulières, le Procureur de la République doit dans un délai de trois jours adresser une requête au tribunal pour faire prononcer l'expropriation

pour cause d'utilité publique des parcelles désignées par l'arrêté préfectoral déterminant les propriétés qui doivent être cédées (art. 14 de la loi du 3 mai 1841). Sur cette requête qui doit être présentée par le Ministère public en la forme ordinaire, le tribunal statue. Après le jugement, le Ministère public doit lever une expédition et la transmettre avec toutes les pièces au Préfet, pour la suite à donner à l'affaire. Le rôle du Ministère public est alors terminé.

En matière de chemins vicinaux, les règles à suivre pour l'expropriation sont un peu différentes. Elles sont tracées par la loi du 21 mai 1836.

D'après l'article 16 de cette loi, les travaux d'ouverture et de redressement des chemins vicinaux sont simplement autorisés par le Préfet. Ces sortes de travaux sont en général urgents ; il y a lieu de procéder rapidement.

L'expropriation, si elle est nécessaire, est prononcée par le tribunal sur une requête présentée par le Ministère public. Mais le jugement ne doit pas se borner, comme dans les cas prévus par la loi de 1841, à prononcer l'expropriation et à nommer un magistrat directeur du jury. Il doit de plus par le même jugement désigner les jurés qui seront éventuellement chargés de fixer les indemnités. Ces jurés sont au nombre de 7, dont 4 titulaires et 3 suppléants (art. 16 de la loi précitée). (D'après l'article 30 de la loi du 3 mai 1841, pour les expropriations ordinaires, le nombre des jurés est de 16 titulaires et 4 suppléants). Le Ministère public doit, en saisissant le tribunal, formellement requérir la désignation des jurés, désignation qui a lieu d'après une liste spéciale dressée annuellement.

6° Responsabilité des communes

Dans certains cas, les communes sont responsables civilement des attentats commis sur leur territoire, soit contre les personnes, soit contre les propriétés.

L'article 1 du titre I de la loi du 10 vendémiaire de l'an IV, encore obligatoire aujourd'hui, pose à cet égard une règle générale. Le titre IV de cette loi, article 6 et suivants, énumère certains cas spéciaux mais non limitatifs où s'applique la responsabilité.

La responsabilité des communes donne lieu à une double action : celle de la partie lésée, celle du Ministère public (art. 3, tit. V de la loi précitée).

Cette double action doit être portée devant les tribunaux civils (même article).

Lorsque le Ministère public agit d'office en cette matière, il doit suivre les règles de procédure édictées par les articles 2, 3 et 4 du titre V de la loi précitée.

Le maire et les officiers municipaux sont tenus de dresser procès-verbal dans les vingt-quatre heures, de tous les attentats commis sur leur territoire, et d'envoyer ce procès-verbal au Ministère public qui saisit le tribunal civil, par voie de simple requête, sans qu'il soit besoin d'appeler, ni les parties lésées, ni la commune.

Le tribunal prononce sur le vu des procès-verbaux et après instruction sommaire (art. 4 et 5, titre V de la loi précitée).

Le Ministère public doit dans les vingt-quatre heures transmettre le jugement au Préfet du département, chargé d'en assurer l'exécution (art. 7, 8, 11, titre V de la loi précitée).

Il convient de remarquer que la responsabilité dont il s'agit ici ne s'applique qu'aux cas où les attentats ont eu lieu par violence à la suite d'attroupements ou de rassemblements (art. 1, titre IV de la loi précitée).

Tels sont les cas dans lesquels le Ministère public agit, au civil, comme partie principale, par voie de requête.

Pour terminer sur ce point, nous examinerons une question générale.

Les jugements rendus sur la requête du Ministère public, dans les cas où il peut agir par cette voie, sont-ils susceptibles d'appel ?

Oui, en thèse générale ; si le jugement n'est pas conforme à la requête, le Ministère public peut se pourvoir par voie d'appel.

Cela résulte de l'article 858 du Code de procédure civile relatif aux jugements de rectification d'acte de l'état civil. Le droit d'appel accordé par cet article au demandeur en rectification appartient incontestablement au Ministère public quand il est lui-même demandeur.

Ce texte n'est que l'application d'un principe général. Le Ministère public qui peut former une action dans un intérêt public doit comme toute autre partie pouvoir soumettre à la juridiction d'appel les jugements qui font échec à son droit.

Le droit d'appel du ministère public a été reconnu par la jurisprudence et la doctrine dans divers cas : En matière d'absence (Demolombe, de l'*Absence*, p. 80) ; en

matière de succession vacante (Cass. 7 février 1809, Massabiau I, p. 517).

Ce principe comporte toutefois des exceptions. Ainsi, dans les cas prévus par la loi de 1838, lorsque le Ministère public demande par requête la nomination d'un administrateur aux biens (art. 32 de la loi) ou d'un curateur à la personne de l'aliéné non interdit (art. 38 *idem*), le jugement n'est pas susceptible d'appel.

Comment se porte l'appel, dans les cas où il est ouvert?

En général, les juges d'appel sont saisis par une simple requête présentée dans les délais ordinaires par le Ministère public.

L'article 858 du Code de procédure civile indique ce mode de procéder pour les instances en rectification d'actes de l'état civil. C'est du reste le mode le plus normal puisqu'il n'y a pas de parties en cause.

La loi du 13 janvier 1817 relative aux instances de déclarations d'absence pour les militaires ou marins disparus indique dans l'article 8 une autre forme. L'appel doit être porté par le Ministère public par un acte signifié à la partie demanderesse en déclaration d'absence, au domicile de son avoué, dans le délai d'un mois à dater du jugement.

Nous croyons que cette forme spéciale devrait être suivie dans tous les cas où le Ministère public veut porter appel d'un jugement en matière de déclaration d'absence. Il y a alors en effet partie en cause ; l'appel doit lui être signifié. Seulement, en l'absence de textes, le délai devrait être dans ce cas, de deux mois, conformément au droit commun.

CHAPITRE III

Cas dans lesquels le Ministère public est partie jointe aux instances civiles

A. — Quels sont ces cas ?

B. — Quel est, lorsqu'il est partie jointe, le rôle du Ministère public ; quels sont ses droits et ses devoirs ?

C. — Dans le cas où il est partie jointe, le Ministère public peut-il se pourvoir par l'un des moyens de recours ordinaires contre les jugements ?

A. — *Dans quels cas le Ministère public est-il partie jointe ?*

En général, le Ministère public est partie jointe dans toutes les instances engagées entre parties privées, mais qui se rapportent directement ou indirectement à des objets d'intérêt général ou public. Voilà le principe.

Comme première conséquence, il faut reconnaître que le Ministère public est partie jointe dans toutes les instances privées où il aurait pu lui-même agir comme partie principale.

Ces instances touchent en effet d'une façon directe à l'ordre public.

Donc, dans les cas où nous avons constaté que le Ministère public aurait eu le droit soit d'agir, soit d'intervenir comme partie principale, il est certain qu'il est partie jointe aux instances engagées sans sa participation entre particuliers.

Le Ministère public est en outre partie jointe dans un grand nombre d'instances où il n'aurait pu prendre un rôle principal. Le rôle de partie jointe lui est attribué par la loi dans ces instances, soit à raison du caractère des parties, soit à raison de la nature du débat.

Arrivons maintenant à l'énumération des cas où le Ministère public agit comme partie jointe.

SECTION I

Causes concernant l'ordre public, le domaine public, les communes, les établissements publics, l'État, les dons et legs au profit des pauvres, l'Enregistrement.

L'ordre public n'a pas été défini par la loi qui se contente en certains cas de s'expliquer sur les dispositions qu'elle considère comme en faisant partie (art. 791, 815, 1674, C. civ.).

Aussi le législateur nous paraît-il s'en être remis au juge du soin d'énumérer les cas d'ordre public.

En ce qui concerne le Domaine, le Ministère public a, jusqu'en 1789, représenté l'État devant les tribunaux. Aujourd'hui, l'État est représenté par le Préfet ou par le Directeur des domaines et de l'enregistrement suivant qu'il plaide pour la propriété de ses biens ou pour ses revenus. Dans le cas où le Préfet constituerait avoué et prendrait un avocat, le Ministère public est partie jointe. Même dans le cas où le Ministère public serait chargé de la défense par le Préfet, ce que celui-ci peut faire en

vertu de l'arrêté du 10 thermidor an IV, le Procureur de la République agirait encore comme partie jointe.

Les communes peuvent plaider, moyennant une autorisation du Conseil de Préfecture. Les affaires qui les intéressent sont sujettes à communication.

Les établissements publics sont des personnes morales, ayant une individualité propre, ayant la capacité de faire tous les actes de la vie civile sous la surveillance de l'autorité administrative. On peut citer comme exemple les Facultés, les Lycées, les Communes, etc. Pour ces diverses catégories de personnes morales, pas d'hésitation possible. Les causes qui les intéressent sont sujettes à communication (art. 83, C. pr. civ.). Mais que décider relativement au département? Il ne figure pas à côté de la commune dans les textes contenant sur cette dernière quelque disposition législative. Il nous semble cependant que les causes qui l'intéressent doivent être communiquées. Le décret du 9 avril 1811, en cédant au département les édifices nationaux occupés par le service de l'administration des cours et tribunaux et de l'instruction publique, lui a en effet donné l'individualité. Dès lors l'article 83 du Code de procédure civile nous paraît lui devoir être appliqué.

Les causes concernant l'Etat sont sujettes à communication.

De même celles relatives à des dons et legs au profit des pauvres.

Ces diverses dispositions sont contenues dans l'article 83 du Code de procédure civile.

En matière d'enregistrement, la loi du 22 frimaire an VII a prescrit à peine de nullité que le Ministère public serait entendu dans toute instance.

SECTION II

Causes concernant l'état des personnes et les tutelles

Ces causes sont communicables. C'est ce qui ressort du second paragraphe de l'article 83 du Code de procédure civile. Le législateur a exigé l'intervention du Ministère public dans ces instances à cause de la grande importance des procès relatifs à l'état des personnes. La détermination exacte de cet état entraîne les plus graves conséquences.

Il a été fait application du principe de l'article 83 § 2 dans les cas ci-après :

A. — En matière de rectification d'un acte de l'état civil (art. 99 C. civ.);

B. — D'homologation d'acte de notoriété (art. 72 C. civ.);

C. — De divorce et de séparation de corps ;

La demande en divorce qui peut en tout état de cause être transformée en demande de séparation de corps, nécessite la communication au Ministère public (art. 232, loi du 20 avril 1886).

La cause en appel est débattue et jugée en chambre du conseil, sur rapport, le Ministère public entendu (addition faite à l'article 340 du Code civil par l'article 2 de la loi du 20 avril 1886).

D. — De désaveu de paternité ou de réclamation d'état;

E. — D'adoption ;

Une expédition de l'acte d'adoption dressé par le juge de paix doit être dans les dix jours remise au Procureur de la République du tribunal de 1^{re} instance dans le ressort duquel est situé le domicile de l'adoptant (art. 354 C. civ.). Il ne pourra y avoir homologation par le tribunal, du contrat d'adoption, qu'après que le Ministère public aura été entendu (art. 356 C. civ.).

F. — D'interdiction ou de conseil judiciaire.

SECTION III

Déclinatoires pour incompétence

On distingue les déclinatoires *ratione personæ* et *ratione materiæ*. Le défendeur se fonde pour proposer les premiers sur ce qu'il n'est pas domicilié dans l'arrondissement du tribunal ou sur ce que l'objet du litige n'est pas situé dans le même ressort ; pour faire valoir les seconds, il soutient qu'à raison de sa nature, le tribunal n'a pas qualité pour juger la contestation. On a contesté que les déclinatoires *ratione personæ* fussent soumis à la nécessité de la communication, le défendeur pouvant y renoncer. Nous croyons cette opinion erronée.

En effet, le projet soumis au Tribunal ne parlait que de l'incompétence *ratione materiæ*. Le Tribunal fit observer que les déclinatoires pour incompétence *ratione personæ* devaient aussi être soumis à la communication. On retrancha alors le membre de phrase relatif à la nécessité de la communication *ratione materiæ*, ce qui prouve bien que l'article 83 § 3 doit être entendu dans un sens général (V. Loqué, tome I, p. 408).

SECTION IV

Règlements de juges, récusations et renvoi pour parenté ou alliance

Dans ces divers cas, le Ministère public a droit à la communication (art. 83 § 4).

Il a été fait application de ce principe :

A. — Aux instances en récusation de juges de paix (art. 47 C. pr. civ.).

B. — Aux instances en récusation de juges de première instance ou d'appel (art. 385 C. pr. civ. et 394 idem).

C. — Aux instances en règlements de juges (363 et suiv. C. pr. civ.).

D. — Aux instances en renvoi pour cause de parenté ou d'alliance (art. 368 et 371 C. pr. civ.).

E. — Aux récusations d'experts (art 311 C. pr. civ.).

SECTION V

Prises à partie

On comprend facilement que la loi ait voulu que le Ministère public se fasse entendre en cette matière, car la nullité de la sentence peut résulter de la prise à partie. La procédure de la prise à partie est organisée par les articles 505 et suivants du Code de procédure civile.

SECTION VI

Causes des femmes non autorisées par leur mari, ou même autorisées, lorsqu'il s'agit de leur dot et qu'elles sont mariées sous le régime dotal.

Les femmes mariées peuvent, avec l'autorisation de leur mari, faire tous les actes de la vie civile. C'est seulement au cas où la femme n'est pas assistée de son protecteur naturel que l'intervention du Procureur de la République est exigée par la loi. Cependant, même lorsque la femme est autorisée par son mari, cette intervention est nécessaire lorsque la femme est mariée sous le régime dotal et qu'il s'agit de sa dot. Cette prescription est très logique, car la femme ne pouvant arriver à une aliénation, même avec l'autorisation de son mari, il était à craindre qu'il intervint une entente entre les époux qui auraient pu faire, grâce à un procès simulé, l'aliénation prohibée en se défendant peu sérieusement contre une action en revendication et en se laissant condamner.

Les biens paraphernaux sont aliénables. Ici, il n'y a plus à craindre de collusion; aussi l'intervention du Procureur de la République n'est elle pas exigée.

Pour le même motif, nous pensons que quand les époux ont usé de la faculté qui leur est accordée par l'article 1557 du Code civil, c'est-à-dire quand ils ont rendu les immeubles dotaux aliénables, l'intervention du Procureur de la République n'est pas nécessaire.

C'est ce qu'a jugé la Cour de Grenoble par arrêt du 12 février 1846 :

« Attendu, dit la Cour, que la communication au
« Ministère public des contestations relatives aux biens
« dotaux des femmes mariées sous le régime dotal n'est
« exigée que lorsque ces biens ne sont pas aliénables.....
« que la disposition de l'article 83 qui prescrit la commu-
« nication au Ministère public des causes des femmes
« lorsqu'il s'agit de leur dot et qu'elles sont mariées sous
« le régime dotal doit s'entendre en ce sens que la
« contestation s'applique à des biens dotaux dont la loi a
« déclaré l'inaliénabilité et pour lesquels les époux n'ont
« pas usé de la faculté de l'article 1557, que lorsque par
« la stipulation du contrat de mariage le pouvoir donné
« à l'époux d'aliéner l'immeuble dotal est le même que
« celui qui appartient à l'époux marié sous le régime de
« la communauté d'aliéner l'immeuble de son épouse
« qui n'était point entré en communauté, la raison de la
« disposition précitée de l'article 83 n'existe plus et la
« communication au Ministère public n'est plus néces-
« saire....., etc. »

Nous devons ajouter que cette solution a un grand nombre d'adversaires qui s'en tiennent à la lettre de la loi.

Il a encore été fait application du principe de l'article 83 § 6 aux instances engagées par les femmes mariées aux fins d'obtenir, à défaut d'autorisation maritale, l'autorisation de justice pour la poursuite de leurs droits (art. 861 et suiv., C. pr. civ.). La demande de la femme est soumise au contrôle du Ministère public (art. 862, 863, C. pr. civ.).

Application a aussi été faite aux instances qui ont pour but d'autoriser la vente des biens meubles dotaux, sans emploi (art. 1558, C. civ.), ou un emprunt avec affectation hypothécaire des biens dotaux.

Ces demandes sont également soumises au contrôle du Ministère public qui est partie jointe.

Enfin, on appliquait tout récemment encore l'article 83 § 6, à certaines causes des femmes séparées de corps. Celles-ci, en effet, sous l'empire de l'ancien article 311 du Code civil devaient demander à leur mari une autorisation, pour faire valablement les actes autres que les actes d'administration. A défaut de cette autorisation maritale, l'autorisation de justice était nécessaire; la cause était alors communicable.

Aujourd'hui, en vertu de la modification apportée à l'article 311 par la loi du 6 février 1893, la femme recouvre par l'effet de la séparation de corps sa pleine capacité civile. Aussi, la nécessité de la communication au Ministère public n'existe-t-elle plus, en principe, dans les causes des femmes séparées de corps.

Cette conséquence de la loi du 6 février 1893 a été indiquée et démontrée par M. Emile Bouvier, dans un article paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (année 1894, p. 42).

Voici l'exposé du système de M. Bouvier : La femme a repris par l'effet du nouvel article 311 « le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice: » Elle peut donc procéder seule aux opérations de la vie civile, même les plus graves; elle peut librement ester en justice.

Il suit de cette liberté d'action, que la communication au Ministère public n'existe plus en cette matière, car il n'y a plus de motif pour l'exiger. En effet, il n'y a plus à redouter que la femme s'entende avec un tiers pour feindre un procès et arriver ainsi à une aliénation; elle

peut effectuer au grand jour toutes les opérations juridiques et par conséquent elle n'a plus aucun intérêt à les cacher. D'autre part, l'intervention du Ministère public remplaçait celle du mari. Or, « actuellement, c'est la loi elle-même qui a écarté toute protection pour la femme séparée de corps et par suite de biens, Il n'y a donc plus à suppléer à l'absence d'une garantie qui n'existe plus. » M. Bouvier résume son système en disant : « La nécessité de la communication a disparu dans la mesure où a disparu la nécessité de l'autorité maritale. »

Mais M. Bouvier constate que même encore aujourd'hui le Ministère public devra donner ses conclusions dans les causes où il s'agirait de la dot, car, dit-il, « le Code de procédure prescrit dans ce cas la communication indépendamment de toute autorisation maritale..... La dot a toujours besoin d'être protégée. »

Ces conséquences de la loi du 6 février 1893 nous paraissent très logiques. Nous n'hésitons pas à nous associer au système de M. Bouvier.

SECTION VII

Causes des mineurs ou interdits et généralement de toute personne défendue par un curateur

La loi de 1790, titre VIII, article 3, exigeait que les commissaires du Roi fussent entendus dans toutes les causes des mineurs. C'est cette prescription que reproduit l'article 83, § 6, *in fine*.

Il faut appliquer le principe contenu dans cet article aux instances ayant pour objet :

A. — La vente des immeubles appartenant aux mineurs et interdits (art. 886, C. pr. civ.).

B. — Un emprunt à contracter pour leur compte (même art. et 483 C. civ. en ce qui concerne les mineurs émancipés).

C. — Une transaction dans les instances où ils sont engagés (467, C. civ.)

D. — La fixation des conventions matrimoniales de l'enfant d'un interdit (511, C. civ.).

E. — L'homologation de partages où des mineurs et des interdits sont intéressés (981 C. pr. civ.).

F. — L'homologation de délibération d'un conseil de famille autorisant un mineur émancipé à faire le commerce (art. 2 C. com.).

G. — L'autorisation d'aliéner à l'amiable les biens des mineurs, dans les cas prévus par l'article 13 de la loi du 3 mai 1841, ou d'accepter, après le jugement d'expropriation, les offres amiables (art. 25 même loi).

SECTION VIII

Causes concernant ou intéressant les présumés absents

Le Ministère public a ici un rôle comme partie jointe ; c'est ce qui ressort de l'article 83 § 7 du Code de procédure civile et 114 du Code civil. Comme exemple de ce mode d'intervention, on peut citer le cas où un curateur

intente une demande ou défend à une action dans l'intérêt de l'absent. Le Ministère public se fera entendre.

SECTION IX

Déchéance de la puissance paternelle

Nous avons vu précédemment que la loi du 24 juillet 1889 accorde un droit d'action directe au Ministère public en ce qui concerne les enfants maltraités ou moralement abandonnés. Cette même loi énumère aussi plusieurs cas où il n'est que partie jointe en cette matière. Ils sont prévus par les articles 18, 20, 21 de la loi.

SECTION X

Cas divers

Le Ministère public a enfin le rôle de partie jointe dans un assez grand nombre de cas que nous grouperons ici dans une même section.

Ainsi, le Ministère public est partie jointe :

A. — Dans toute procédure en inscription de faux (art. 251 C. proc. civ.) ou en vérification d'écritures (202 idem),

B. — Dans toute action en désaveu contre un officier ministériel (359, C. pr. civ.).

C. — Dans les requêtes civiles (498, id.).

D. — Dans les incidents sur saisie immobilière (718, id.).

E. — Dans les contestations en matière d'ordre (762, id.) ou de distribution par contribution (668, id.).

F. — Dans les demandes en bénéfice de cession de biens (900, id.),

G. — Dans les actions en nullité ou en déchéance de brevets d'invention (art. 26 de la loi du 5 juillet 1844), quand il n'est pas partie principale

H. — Dans les expertises en matière de mines (art. 89 de la loi du 21 avril 1810).

I. — Dans toute affaire où l'une des parties a été admise au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 15 de loi du 30 janvier 1851).

J. — Dans les instances ayant pour but l'envoi en possession des héritiers irréguliers (art. 770, C. civ.).

K. — Dans les instances ayant pour but la vente d'immeubles dépendant d'une succession bénéficiaire (987, C. pr. civ.), ou d'une succession vacante (1001, idem), ou d'une faillite (572, C. com.).

L. — Nous avons vu que le Ministère public joue le rôle de partie principale dans la demande en réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée ou du mineur, formée par le mari ou le tuteur. Mais il peut arriver que les hypothèques réservées par le tribunal deviennent insuffisantes. En ce cas, la femme mariée, le subrogé-tuteur, pourront demander un supplément d'hypothèque; le Ministère public devra être entendu.

B. — *Quel est, lorsqu'il est partie jointe, le rôle du Ministère public; quels sont ses droits et ses devoirs?*

Il doit prendre communication des pièces ;

Il doit donner ses conclusions sur l'objet de la demande.

A. — Communication de pièces. — C'est cette communication de pièces qui caractérise les affaires où le Ministère public agit comme partie jointe.

On dit alors en effet, que l'affaire est communicable (v. notam. art. 83 C. pr. civ.).

Le lieu de la communication, sa forme et les délais dans lesquels elle doit être faite sont réglés par les articles 83 et suivants du décret du 30 mars 1808.

Le Ministère public auquel les pièces sont ainsi communiquées doit examiner l'affaire avec un soin scrupuleux ; il doit se livrer à une étude complète.

La communication est constatée par un visa qui est apposé sur le dossier par l'officier du Ministère public (Déc. minist. du 28 mars 1827). De plus, dans les affaires où un rapport doit être fait par un juge commis, le Ministère public est tenu de formuler au pied de la requête introductive d'instance le résultat de son examen sous la forme de conclusions écrites.

La loi ordonne la communication dans un certain nombre de cas dont nous nous sommes occupés.

Demandons nous ici quel sera la sanction du défaut de communication.

Voici comment s'exprime à ce sujet l'article 480 du Code de procédure civile : « Les jugements contradictoires rendus en dernier ressort par les tribunaux de

« première instance et d'appel, et les jugements par
« défaut rendus aussi en dernier ressort, et qui ne sont
« plus susceptibles d'opposition, pourront être rétractés,
« sur la requête de ceux qui y auront été parties ou
« dûment appelés, pour les causes ci-après :

« 8° Si dans les cas où la loi exige la communi-
« cation au Ministère public, cette communication n'a
« pas eu lieu et que le jugement ait été rendu contre
« celui pour qui elle était ordonnée. »

Ainsi donc la voie de la requête civile est ouverte pour permettre à la partie lésée par le jugement rendu d'en obtenir la rétractation. Mais cette voie de recours est elle la seule qui soit permise pour mettre en mouvement une action contre les jugements intervenus au mépris de l'article 83? Ne faut-il pas lui adjoindre le recours en cassation ?

Constatons d'abord que certainement la voie du recours en cassation ne sera pas ouverte lorsqu'existera le moyen de la requête civile, c'est-à-dire quand le jugement aura été rendu contre celui au profit duquel la communication était ordonnée. Le principe de l'impossibilité de coexistence de deux voies de recours pour attaquer un jugement s'y oppose. Mais peut-on dire que la communication soit toujours imposée dans l'intérêt de l'une des parties? Souvent, au contraire, elle l'est dans un intérêt général (ordre public, déclinatoire pour incompétence, règlement de juges etc.) et dès lors l'on ne saurait supposer que le législateur ait négligé de protéger l'intérêt social après s'être occupé avec soin de protéger les intérêts privés. Ce moyen de protection, est-ce le recours en cassation ?

MM. Ortolan et Ledeau (*Le Ministère public en France* t. I, p. 293) se sont fait les défenseurs d'un

premier système qui se refuse à admettre le recours en cassation en cette matière. Pour eux, l'intervention du Ministère public étant exigée dans l'intérêt de la société, cet intérêt est lésé par le vice qui entache le jugement ; quelle que soit la partie condamnée elle peut donc le faire valoir pour obtenir la nullité de la décision judiciaire ; l'article 480, 8° est général ; il statue que la requête civile peut être formée par la partie dans l'intérêt de laquelle la communication était exigée ; mais ici ne doit-on pas dire que la communication était exigée dans l'intérêt de chacune des parties puisqu'elle l'était dans l'intérêt de la société ?

Ce système a été également soutenu par M. Merville (*Revue de droit français et étranger*, tome III, 1846).

Il a été consacré par divers arrêts, notamment : 9 déc. 1836 (Dall. 36, 1, 174) ; 11 janvier 1843 (Dall. 43, 1, 306).

Nous nous rallions à un second système soutenu par M. Carré (*Lois sur la procédure*, quest. 1741). Nous croyons que la voie de la requête civile n'est donnée qu'à celui pour qui la communication était exigée. Hors ce cas, le défaut de communication constituerait un vice de forme rendant possible un recours en cassation de la part de toute parties ; le Ministère public fait en effet partie intégrante du tribunal et le fait qu'il n'a pas été entendu suffit à rendre le jugement non valable. Et puis la théorie adverse ne tient en somme aucun compte du 8° *in fine* de l'article 480.

B. — Conclusions orales à l'audience. — Le Ministère public doit, dans les causes communicables, être entendu en ses conclusions orales à l'audience.

La constatation de ces conclusions par le jugement suffit pour prouver que la communication a été faite au Ministère public. Il y a présomption qu'elles n'ont été données qu'après cette communication.

Aucune forme n'est d'ailleurs prescrite pour ces conclusions.

Après les conclusions du Ministère public, aucune partie ne peut plus obtenir la parole. Il peut seulement être remis au tribunal de simples notes (art. 87 du décret du 30 mars 1808 ; art. 111 C. pr. civ.).

Nous terminerons par une observation générale. Nous venons d'examiner les cas où la communication des pièces au Ministère public est rigoureusement prescrite. Le Ministère public est alors en effet partie jointe au procès.

Mais en dehors de ces cas, le Ministère public peut exiger la communication des pièces dans toutes les affaires même non communicables où il le juge utile (art. 83 *in fine*, C. pr. civ.). Le tribunal peut même ordonner d'office cette communication (même article). Mais ce n'est là qu'une faculté dont soit le tribunal, soit le Ministère public, peuvent ne pas user. Le défaut de communication n'entraîne aucune nullité, aucune déchéance.

C. — Dans les cas où il est partie jointe, le Ministère public peut-il se pourvoir par l'une des voies de recours ordinaires contre les jugements rendus ?

Peut-il porter appel, user de la tierce opposition, de la requête civile ?

Cette question est controversée.

Des arrêts ont reconnu au Ministère public le droit, notamment, d'interjeter appel des jugements où il n'avait été que partie jointe.

Il faut faire une distinction.

Ou bien le jugement porte sur un objet qui se rapporte directement à l'ordre public ; il a été rendu sur une instance où le Ministère public aurait pu agir d'office ou intervenir comme partie principale.

Dans ce cas, le Ministère public, bien que n'ayant été que partie jointe, peut interjeter appel ou user contre le jugement de toutes les autres voies de recours autorisées par la loi.

Son droit à cet égard est fondé sur l'article 40 de la loi du 20 avril 1810, d'après lequel le Ministère public agit d'office pour l'exécution des lois qui concernent l'ordre public. Lui refuser le droit de se pourvoir par les voies légales contre les jugements qui lui paraissent porter une atteinte à une loi d'ordre public, par le motif qu'il n'a été que partie jointe à l'instance, ce serait compromettre, et dans certains cas, rendre impossible, l'exercice des attributions qui lui sont conférées par la loi.

Il a été jugé en ce sens, que le Ministère public a qualité, en vertu de la loi de 1810, pour interjeter appel d'un jugement qui, sur la demande d'un époux a annulé un mariage pour défaut de publicité (Paris, 13 août 1851. — Dall., 52-1-113. La Cour, sur l'appel du Ministère public, a déclaré le mariage valable).

Il a été jugé encore que le Ministère public était recevable à interjeter appel d'un jugement de défaut profit-joint renfermant un excès de pouvoir de l'autorité judiciaire, et une atteinte au droit des gens (Paris, 23 août 1870. — Dall., 71 2-9).

De même encore il a été jugé que le Ministère public peut interjeter appel d'un jugement qui avait ordonné à un maire de passer outre à la célébration d'un mariage pour lequel il existait un empêchement absolu (Caen 16 août 1876. *Recueil de Caen*, 76, p. 226).

L'arrêtraisonne ainsi : Le Ministère public pouvait faire opposition à ce mariage. Il pouvait par suite former tierce-opposition au jugement rendu non contradictoirement avec lui. De là comme conséquence le droit de saisir la Cour directement par voie d'appel. Cet arrêt a été soumis à la Cour de cassation et le pourvoi a été rejeté.

Si au contraire le jugement où le Ministère public n'a figuré que comme partie jointe, porte sur un objet qui n'aurait pu motiver de sa part l'exercice d'une action directe et principale, aucune voie de recours ne lui est alors ouverte. Les parties intéressées seules peuvent se pourvoir ainsi qu'elles le jugeront utiles.

Cette distinction nous paraît conforme aux principes en cette matière. Nous n'hésitons pas à la proposer.

CHAPITRE IV

Attributions dévolues par la loi au Ministère public relativement aux instances civiles en général, soit qu'il y figure comme partie jointe ou principale, soit qu'il n'y ait qu'un rôle désintéressé.

Nous avons successivement examiné les cas où le Ministère public agit, au civil, soit comme partie principale, soit comme partie jointe.

Il nous reste à indiquer certaines attributions dévolues par la loi au Ministère public relativement aux instances civiles en général, soit qu'il y figure comme partie jointe ou principale, soit qu'il n'y joue qu'un rôle désintéressé.

Le Ministère public fait partie intégrante des tribunaux. Il suit de là qu'en matière civile, même lorsqu'il n'est ni partie principale ni partie jointe, il doit être présent à toutes les phases de la procédure et des débats ainsi qu'à la prononciation du jugement.

Relativement à ce dernier point, nous devons toutefois faire observer qu'il est contesté. Des arrêts ont décidé que le Ministère public, au moins en ce qui concerne les causes non communicables, ne devait pas, à peine de nullité, assister au prononcé du jugement.

Le rôle du Ministère public aux audiences auxquelles il prend part comme faisant partie intégrante du tribunal est considérable.

On peut dire d'une façon générale qu'il surveille au nom de la société, l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public.

Voici quelles sont à cet égard ses principales attributions :

1° La loi veut que toute instance soit précédée d'un essai de conciliation (art. 48 et suiv. C. pr. civ.) D'après l'article 56, toute partie qui ne comparaît pas pour cet essai de conciliation devant le Juge de paix doit être condamnée à une amende de dix francs ; il doit lui être refusé toute audience jusqu'à ce qu'elle ait justifié de la quittance.

Le Ministère public, à l'appel de toute affaire, doit vérifier si les prescriptions de la loi à cet égard ont été

remplies. Le cas échéant, il requiert d'office l'application de l'article 56 précité.

2° En cas de vérification d'écritures, s'il est prouvé que la pièce est écrite ou signée par celui qui l'a donnée, il doit être condamné envers le Domaine à 150 francs d'amende. C'est le Ministère public qui doit requérir l'application de cette amende (art. 213, C. pr. civ.)

3° Il en est de même de l'amende édictée par les articles 246 et 247 du Code de procédure civile contre les demandeurs en inscription de faux qui se désistent de leur demande ou qui succombent.

4° Le Ministère public doit encore requérir l'application de l'amende édictée par l'article 374 du Code de procédure civile contre celui qui succombe sur sa demande en renvoi pour cause de parenté ou d'alliance.

5° De même en ce qui concerne l'amende encourue par celui dont la récusation est déclarée non recevable (art. 390, C. pr. civ.)

6° De même encore en ce qui concerne les amendes édictées contre ceux qui succombent sur leur appel (471 C. pr. civ.) ou sur leur requête civile (494 idem) ou sur leur tierce-opposition (479 idem).

Dans la pratique, ces amendes sont généralement prononcées par les tribunaux sans attendre que le Ministère public prenne à cet égard des réquisitions formelles.

7° Dans les instances en séparation de corps ou en divorce, le Ministère public peut également, relativement à la garde des enfants, prendre des réquisitions spéciales. L'article 302 du Code civil lui confère à cet égard des droits étendus. Il doit examiner quel est l'intérêt des enfants et provoquer les mesures qui lui paraissent les plus utiles à ce point de vue.

8° Le Ministère public présent à l'audience doit porter son attention sur la nature des pièces produites par les parties.

Si ces pièces lui paraissent présenter un caractère frauduleux, si par exemple elles lui paraissent entachées de faux, il doit en requérir le dépôt au greffe. Il est alors sursis au jugement sur l'action civile jusqu'à la fin de l'instruction qui doit être suivie au criminel sur le faux (art 460 C. instr. crim.).

9° Enfin, c'est un devoir étroit pour les officiers du Ministère public présents à l'audience, de veiller à ce que les pièces produites par les parties soient enregistrées. La loi du 23 août 1871, articles 16 contient à cet égard des prescriptions formelles. Il doit requérir le dépôt au greffe de ces pièces, pour les faire soumettre immédiatement à la formalité de l'enregistrement.

CHAPITRE V

Des fonctions du Ministère public en matière commerciale

Il faut tout d'abord remarquer que la question de savoir quelles sont les fonctions du Ministère public en matière commerciale ne peut naître lorsqu'une affaire est portée devant un tribunal de commerce.

Il n'existe pas en effet d'officier du Ministère public devant cette juridiction, et l'article 83 du Code de procédure civile est ici inapplicable (Voy. Liège, 23 déc. 1817, Dall., *Rép. alph.*, V^o *Compét. com.*, n^o 29).

Avant la promulgation du Code, il n'en était pas toujours de même; il y avait quelquefois un officier du

Ministère public devant les juridictions commerciales. Le Ministre de la justice avait en effet approuvé devant les tribunaux de commerce la présence d'un citoyen faisant les fonctions du Ministère public. Aussi a-t-on pu juger à cette époque qu'une sentence n'était pas nulle pour avoir été rendue sur les conclusions d'un citoyen faisant les fonctions du Ministère public, conformément à l'usage admis par le Ministre de la Justice. Mais maintenant la situation est changée. Il n'y a plus dans aucun cas de Ministère public en matière commerciale, et dès lors on peut se demander si une sentence serait nulle pour avoir été précédée de conclusions données par une personne quelconque ayant rempli les fonctions du Ministère public.

Nous admettrions sans hésitation la nullité d'une pareille sentence. Car le tribunal de commerce serait illégalement constitué, et le jugement rendu par une juridiction constituée illégalement est nul. Et puis, le but poursuivi par le législateur ne serait pas atteint, car s'il a voulu qu'il n'y eut pas de Ministère public auprès des juridictions commerciales, c'est afin d'accélérer l'expédition des affaires. Enfin, il faut remarquer que des officiers du Ministère public semblables aux citoyens admis avant la promulgation du Code devant les tribunaux de commerce, n'offriraient pas les mêmes garanties de lumières et d'indépendance que les juges consulaires.

Nous venons de voir que le Ministère public n'a pas de fonctions à remplir devant les tribunaux de commerce. A-t-il cependant des attributions en matière commerciale? En d'autres termes, toutes les fois que conformément à l'article 640 du Code de commerce, dans les arrondissements où des tribunaux de commerce n'ont

pas été créés, les juges du tribunal civil exercent les fonctions et connaissent des matières attribuées aux juges de commerce, le Ministère public doit-il être présent ?

La réponse dépend du caractère que l'on reconnaît au tribunal civil quand il statue commercialement. Ne voit-on en lui que le remplaçant du tribunal de commerce ? Alors on devra décider que le Ministère public ne devra pas être présent. Voit-on au contraire en lui un tribunal qui rentre dans la plénitude de sa juridiction ? On devra dès lors admettre que le tribunal restera composé comme il l'est ordinairement pour juger, c'est-à-dire que la présence du Ministère public sera nécessaire.

Ceux qui croient que les tribunaux civils jugeant commercialement sont des tribunaux d'exception et qui pensent qu'ils doivent statuer en l'absence du Ministère public, font remarquer à l'appui de leur opinion que les tribunaux civils remplacent en réalité dans ce cas les tribunaux de commerce, puisque l'instruction des affaires qu'ils jugent doit avoir lieu dans la même forme que devant la juridiction consulaire, et que les jugements produisent les mêmes effets. Mais pourquoi donc cette coïncidence de formes enlèverait-elle dans ce cas aux tribunaux civils leur caractère de juridiction ordinaire ? Si l'on consulte la déclaration du 7 avril 1759 qui voulait que les juges civils statuant commercialement se conformassent aux dispositions de l'ordonnance de 1673, on voit qu'elle ne leur reconnaissait pas moins le caractère de juges ordinaires. « Si le défendeur, dit la déclaration, est domicilié dans un bailliage ou sénéchaussée dans l'étendue desquels il n'y ait pas de *juridiction consulaire* établie....., les parties seront tenues de procéder devant les *juges ordinaires* du domicile du défendeur. »

Les tribunaux civils ont en effet la plénitude de la juridiction et il ne nous paraît pas douteux que la juridiction consulaire soit une juridiction dérivée.

Le Ministre de la Justice et le Parquet de la Cour de Paris ont toujours soutenu la nécessité de la présence du Ministère public devant les tribunaux civils jugeant commercialement. Dans ce sens, il a été jugé : 1° Que quand un tribunal civil juge commercialement, en vertu de l'article 640, le Ministère public doit être présent (Req. 21 avril 1846, int. de la loi, trib. de Pontoise et trib. d'Arcis-sur-Aube, Dall. 46, 1, 131, réquisitoire conforme de M. le Procureur Général Dupin ; trib. de Jonzac, 15 juillet 1846, Dall. 46, 1, 270 ; Req. 5 avril 1848, trib. de Saint-Amand, Dall. 48, 5, 361 ; Poitiers, 7 janvier 1856, Dall. 56, 2, 84 ; 2° Que la présence du Ministère public étant nécessaire, le jugement qui ne constate pas cette présence est nul (Poitiers, 16 déc. 1847, Dall. 48, 2, 109).

La doctrine se prononce généralement en sens contraire (Carré et Chauveau, Quest, 410 ; Boitard sur l'art. 427 ; Rodière, t. II, p. 228 ; Ortolan et Ledeau, t. I, p. 349).

Le Ministère public doit donc être présent aux audiences des tribunaux civils jugeant commercialement. Mais est-il d'absolue nécessité qu'il conclue dans les affaires où la loi en matière civile ordonne que les pièces lui seront communiquées ? La cour de Rennes a jugé le 23 décembre 1816 dans le sens de la négative, et il semble qu'elle ait bien jugé, car l'article 641 est formel et il porte que « l'instruction aura lieu dans la même forme que devant les tribunaux de commerce... ». C'était aussi l'avis du Ministre de la Justice qui disait dans une lettre par laquelle il avait saisi la Cour de cassation lors des arrêts précités du 21 avril 1846 : « Il est douteux

qu'en aucun cas la communication au Ministère public soit obligatoire dans les matières commerciales. » Nous devons citer dans le sens de l'opinion contraire un arrêt de Poitiers, du 7 janv. 1856, précité.

En ce qui concerne l'appel, il n'est pas douteux que le Ministère public devra être entendu quand une affaire commerciale est portée en appel.

Quid si le Ministère public a été entendu dans un jugement où le tribunal civil statuant commercialement, il n'était pas tenu de prendre des conclusions ? Le jugement ne sera pas nul.

Il n'y a pas, nous l'avons dit, d'officier du Ministère public devant les juridictions commerciales. Cependant, le Ministère public n'est pas toujours complètement étranger aux affaires commerciales. C'est ainsi, par exemple, qu'il intervient comme partie jointe dans les demandes en homologation des délibérations du conseil de famille, qui tendent à autoriser un mineur émancipé à faire le commerce.

Il intervient aussi dans les faillites, mais c'est alors afin d'assurer l'exercice de l'action criminelle en cas de fraude.

VU :

Le Professeur, président de la thèse,
CAREL.

VU :

Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Caen,
E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

Droit Romain

	Pages.
INTRODUCTION.	9
CHAPITRE I. — Les Pontifes, leur origine. — Le collège des Pontifes, son organisation. — Le Pontifex Maximus	15
Origine du mot pontifex.	15
Organisation du collège des pontifes	18
Son mode de recrutement	24
Fonctions spéciales du P. M.	27
1° Fonctions religieuses.	28
2° Fonctions civiles	30
CHAPITRE II. — <i>Jus et Fas.</i> — Attributions juri- diques des Pontifes.	31
Etude du droit privé.	35
SECTION I. Le mariage	36
SECTION II. Constatation des filiations, adoption et adrogation, <i>transitio ad plebem</i> , restitution du patriciat.	43

	Pages.
SECTION III. La propriété et le droit des sépultures.	50
1° Les biens propriété des particuliers.	50
2° Les biens propriété des dieux	54
A. <i>Res sacræ</i>	54
B. <i>Res religiosæ</i>	57
C. <i>Res sanctæ</i>	60
3° Les biens propriété du peuple.	61
SECTION IV. A. Stipulation	62
B. Vœu et serment	63
SECTION V. Hérités <i>ab intestat</i>	65
Hérités testamentaires.	67
CHAPITRE III. — Les pontifes jurisconsultes; leur rôle quant à l'administration de la justice.	72
§ I. Les pontifes jurisconsultes.	72
§ II. Le rôle des pontifes quant à l'administration de la justice.	81
Théorie de M. Accarias	82
— de Ihering	84
— de Karlowa.	88
— de Puchta	90
— de M. Bouché-Leclercq.	92
— de M. Cuq	93
L'administration de la justice et le calendrier	94

	Pages.
CHAPITRE IV. — Décadence de l'influence pontificale, ses causes.	95
Causes de décadence : superstitions	96
Philosophie, publication du droit	97
Enseignement du droit.	99
Entrée des plébéiens dans le collège.	101

Droit Français

INTRODUCTION.	109
CHAPITRE I. — SECTION I. Origine du Ministère public.	112
SECTION II. Organisation du Ministère public.	115
SECTION III. Règles générales qui régissent l'action du Ministère public.	116
SECTION IV. Comment se manifeste l'intervention du Ministère public en justice ?	120
CHAPITRE II. — Cas dans lesquels le Ministère public agit comme partie principale.	122
§ I. <i>Des cas dans lesquels le Ministère public agit comme partie principale, par voie d'action proprement dite.</i>	122
A. Quels sont ces cas ?	123

	Pages.
SECTION I. Etat civil	133
SECTION II. Mariage	141
SECTION III. Séparation de corps et divorce.	147
SECTION IV. Reconnaissance d'enfant naturel.	148
SECTION V. Interdiction et conseil judiciaire.	149
SECTION VI. Substitution.	149
SECTION VII. Restriction d'hypothèques légales.	151
SECTION VIII. Brevets d'invention	154
SECTION IX. Cautionnement des conservateurs	157
SECTION X. Opposition et levée des scellés	158
SECTION XI. Expropriation pour cause d'utilité publique.	<i>Id.</i>
SECTION XII. De la déchéance de la qualité de Français.	<i>Id.</i>
SECTION XIII. Fabriques des églises	159
SECTION XIV. Lycées.	160
SECTION XV. Réquisitions pour faire prononcer des amendes dans l'intérêt du fisc	<i>Id.</i>
SECTION XVI. Déchéance de la puissance pater- nelle.	161
SECTION XVII. Délits d'audience.	162
B. Quelle est la procédure que doit suivre le Ministère public, lorsqu'il agit par voie d'action civile proprement dite	163

	Pages.
C. Quelles voies de recours sont ouvertes au Ministère public, lorsqu'il agit comme partie principale, contre les jugements rendus ?	170
Appendice. 1° Actions domaniales. . .	174
2° Conflits	176
§ II. Des cas dans lesquels le Ministère public agit comme partie principale, par voie de simple requête	181
1° Etat civil.	183
2° Absence	187
3° Successions vacantes.	194
4° Aliénés	196
5° Expropriation pour cause d'utilité pu- blique	197
6° Responsabilité des communes.	199
CHAPITRE III. — <i>Cas dans lesquels le Ministère public est partie jointe aux instances civiles.</i>	202
A. Quels sont ces cas ?	202
SECTION I. Causes concernant l'ordre public, le domaine public, les communes, les établisse- ments publics, l'Etat, les dons et legs au profit des pauvres, l'enregistrement.	203
SECTION II. Causes concernant l'état des personnes et les tutelles	205

	Pages.
SECTION III. Déclinatoires pour incompétence . . .	206
SECTION IV. Règlements de juges, récusations et renvoi pour parenté ou alliance.	207
SECTION V. Prises à partie	<i>Id.</i>
SECTION VI. Causes des femmes non autorisées par leur mari, quand il s'agit de leur dot et qu'elles sont mariées sous le régime dotal. . .	208
SECTION VII. Causes des mineurs ou interdits et généralement de toute personne défendue par un curateur	211
SECTION VIII. Causes concernant ou intéressant les présumés absents.	212
SECTION IX. Déchéance de la puissance paternelle.	213
SECTION X. Cas divers	<i>Id.</i>
B. Quel est, lorsqu'il est partie jointe, le rôle du Ministère public, quels sont ses droits et ses devoirs ?	215
C. Dans les cas où il est partie jointe, le Ministère public peut-il se pourvoir par l'une des voies de recours ordinaires contre les jugements rendus ?	218
CHAPITRE IV. — Attributions dévolues par la loi au Ministère public relativement aux instances	

	Pages.
civiles en général, soit qu'il figure comme partie jointe ou principale, soit qu'il n'y ait qu'un rôle désintéressé.	220
CHAPITRE V. — Fonctions du Ministère public en matière commerciale.	223

